Hans Kelsen

COMPENDIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO



Colofón

COMPENDIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO

HANS
KELSEN

Compendio de TEORIA GENERAL del ESTADO

Estudio preliminar
LUIS RECASENS SICHES

COLOFON

Traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate

Primera edición en Colofón: 1992

Pitágoras 1143
03100 México D.F.

ISBN 968-867-037-5

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

ESTUDIO PRELIMINAR

I. SIGNIFICACIÓN DE LA OBRA DE KELSEN PARA LA ACTUAL TEORÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

En la historia del pensamiento jurídico de los últimos veinticinco años, aparece la producción de Kelsen como uno de los ejes a cuyo alrededor ha girado el desarrollo de la Teoría fundamental del Derecho, y como el tema de mayor controversia en la Teoría general del Estado. Su influjo, enorme, en la Teoría fundamental del Derecho, no lo ha ejercido por vía de progresiva adhesión a sus ideas, sino más bien suscitando vivas polémicas. Así ocurre que en la mayor parte de estudiosos de temas de Teoría fundamental del Derecho, hallamos la discusión del planteamiento que les ha dado Kelsen y su escuela. Lo cual nada tiene de extraño, pues sea cual fuere el juicio teórico que se pronuncie sobre la "doctrina pura del derecho" de Kelsen, fuerza es reconocer, que constituye el primer ensayo en grande, de una Teoría de la Ciencia jurídica, con método rigoroso y sobre plan sistemático.

En el campo de la Teoría general del Estado, el pensamiento kelseniano — y de su escuela — ha producido honda conmoción. En él culmina en plenitud la reducción de la Teoría del Estado a Teoría jurídica. Aquella tendencia formalista, que inspiró a Gerber, a Laband y a Jellinek, es llevada con estricto rigor a sus últimas consecuencias por Kelsen. Con ello se depura y sistematiza,

en severa precisión, ese estudio del Estado como orden jurídico. Pero al propio tiempo aparecen con claridad las inexorables limitaciones de esa Teoría puramente jurídica del Estado; y así resulta que el sistema de Kelsen, abre hasta la entraña la más honda crisis de la moderna Teoría del Estado. Ante la obra kelseniana, surge inevitablemente la necesidad de una revisión de la Teoría del Estado, hasta sus primeros cimientos. Sobre todo, en sus suspuestos, en su método y en su objeto. Y así, en torno a los libros de Kelsen, se ponen nuevamente en cuestión, en crítica, los temas basilares: ¿Cuál es el objeto de una Teoría general del Estado? ¿Qué es propiamente el Estado? ¿Cómo puede ser estudiado? ¿A través de qué método se podrá llegar a ese objeto llamado Estado? ¿En qué supuestos habrá de apoyarse una Teoría del Estado y cuál será su relación con la Sociología, con la Ciencia jurídica, con la Filosofía del Derecho?

La Teoría del Estado — al igual que casi todas las ciencias — ha sufrido en nuestro siglo una crisis: ha sentido la urgencia de someter a radical examen, no sólo sus métodos y sus conceptos fundamentales, sino su propio sentido. Para provocar esta crisis, acaso el revulsivo de mayor fuerza ha sido la doctrina de Kelsen. Con lo cual no se afirma que ésta represente la solución de la crisis, sino el factor que sirve para actualizarla intensamente, que la abre con toda amplitud y hondura: papel que ciertamente no es de poca monta.

Y esa crisis del problema total de una Teoría del Estado, que se produce al calor de la incitación kelseniana, prolifera en casi todos los temas singulares: precepto jurídico, soberanía, Estado y Derecho internacional, formas de organización, etc., y convierte en cuestión cada uno de ellos.

No hallará el lector en el presente libro un trasunto

expreso de esa crisis, porque el autor sigue marcha sistemática, con aliento de seguridad; pero las ideas en él expuestas han producido en casi todo el ámbito de la Teoría del Estado y del Derecho la conciencia de la crisis a que aludo, en gestación de aguda controversia frente a Kelsen.

En este estudio preliminar me propongo ofrecer una breve referencia acerca de la persona de Kelsen y sus actividades intelectuales: un relato de los supuestos fundamentales de su pensamiento; una exposición sucinta del sistema de su Teoría pura del derecho, y, finalmente, el esbozo de algunas objeciones, en las cuales entiendo que ahinca la crisis actual de la Teoría del Estado. Para todo ello recojo y resumo gran parte de los varios trabajos que he publicado (1) en torno a las ideas de Kelsen, añadiendo algunos nuevos comentarios inéditos.

II. NOTICIA BIOGRÁFICA Y BIBLIOGRÁFICA DE KELSEN

Juan Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881. Cuando contaba tres años, sus padres se trasladaron a Viena, en donde siguió sus estudios, hasta doctorarse en Derecho en 1906. Después se trasladó a Heidelberg y a Berlín, poblaciones en las cuales estudió tres semestres. En 1911 obtuvo en la Universidad vienesa la venia legendi,

(1) Cfr. mis escritos: *La Filosofía del Diritto in Germania. Suo stato alla fine del primo quarto del sécolo XX,* Roma, 1928; *Prólogo* a la primera edición española de este *Compendio,* Barcelona, 1928; *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico,* Manual Labor, Barcelona, 1929 (caps. I, V y VIII); *Extensas adiciones originales a la Filosofía del Derecho de G. Del Vecchio,* Barcelona, 1929 y 1930 (tomo I, págs. 37-41, 116-125, 145-148, 198-203, 250-253, 256-260, 270-278, 317-352; tomo II, págs. 246-249; *Estado y Derecho. El problema acerca de si son conceptos idénticos o diversos,* en los *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio,* vol. II, Módena, 1931; *La unitat de la construcció jurídica i el Dret Internacional,* Miscel·lània Patxot, Barcelona, 1931; *Prólogo* al libro *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena,* de LUIS LEGAZ LACAMBRA, Barcelona, 1933.

esto es, el cargo de Privatdozent, *para Derecho político y Filosofía jurídica. En 1917 fué promovido a Profesor extraordinario de estas disciplinas. Y en 1919 coronó su carrera académica, obteniendo el cargo de Profesor ordinario en la Facultad Jurídica de Viena. En ella explicó hasta el año 1930, en que aceptó la Cátedra que, con singular insistencia, le ofreció la Universidad de Colonia.*

En la primavera de 1933 ha tenido que abandonar su actividad docente en Alemania; al igual que tantos otros profesores eminentes, ha sido víctima del furor racista, que está devastando la cultura tudesca. Rindiéndole todo honor, le ha acogido el "Institut d'Hautes Etudes Internationales", de Ginebra, y la Universidad de Barcelona le ha invitado a profesar en su seno.

Su primer trabajo, publicado en la época escolar, fué una pulcra monografía de carácter histórico, sobre la teoría del Estado de Dante. Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905). *En seguida consagróse a los estudios puramente teóricos sobre el Derecho. Fruto de seis años de intensa labor y creación espiritual en este campo, fué su gran obra* Hauptprobleme de Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz *(Problemas capitales de la teoría del Derecho político, desarrollados partiendo de la doctrina sobre el precepto jurídico), publicada en 1911. El punto de vista que informa esta obra, se funda en que el Derecho consiste por esencia en normas; y que, por tanto, su teoría debe ser una* ciencia normativa: *una doctrina de la proposición o precepto jurídico, o sea del Derecho objetivo. Todo el libro de los* Hauptprobleme *pretende llevar a cabo una depuración del método jurídico arrojando de él aquellos elementos sociológicos que representan expresión de* hechos *y que, por tanto, resultan harto perturbadores para una teoría normativa, que se ocupa no de lo que* es, *sino de lo que* debe ser.

Kelsen orientóse en sus estudios jurídicos, desde un principio, hacia el espíritu de la Filosofía kantiana. El imperativo de pureza metódica encontró una firme base en la radical oposición kantiana, entre el ser y el debe ser. *Kelsen, en un comienzo, tomó la filosofía kantiana en la forma que la habían dado los filósofos de la escuela sud-occidental alemana, y entre ellos, de un modo muy especial Windelband y Rickert. Después de la publicación de los* Hauptprobleme *y con motivo de una recensión de esta obra, aparecida en los* Kantstudien (1912), *consagró Kelsen su atención a la Filosofía neokantiana de la escuela de Marburgo, estudiando muy especialmente las obras de Cohen, las cuales le brindaron nuevos fundamentos para su método y algunas sugestiones, que desarrolló en libros posteriores. Esto no implica, sin embargo, una total adhesión al pensamiento de la escuela marburgiana, según declara el propio Kelsen.*

A partir de estos estudios, Kelsen se preocupa de lograr la pureza del método jurídico, frente a otra tendencia que había venido perturbándolo hasta el presente, a saber: las posiciones de carácter político. En su trabajo Zur Lehre vom oeffentlichen Rechtsgeschäft *(Para la teoría del negocio jurídico-público), 1913, señala la necesidad de prescindir en la teoría pura del Derecho de toda doctrina sobre la justicia o conveniencia de las distintas instituciones, y de limitarse únicamente a captar la estructura esencial de las mismas, es decir, sus conceptos formales.*

La tercera de las grandes obras de Kelsen apareció en 1920, con el título Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts *(El problema de la soberanía y la teoría del Derecho internacional). En este libro se completa el pensamiento de Kelsen con dos nuevos principios de alcance decisivo, los cuales representan nuevas consecuencias de su primer punto de partida. Estos dos nuevos*

pensamientos aportados a la teoría jurídica son: 1.°, la identidad absoluta de Estado y Derecho, y 2.°, la necesidad de una unidad sistemática que domine a todas las normas supuestas como Derecho positivo vigente. En esta última cuestión aprovechó la teoría de su discípulo Adolfo Merkl, sobre el sistema escalonado o graduado del orden jurídico *(estructura jerárquica de las normas).*

Para precisar más su afirmación de la identidad entre Estado y Derecho, y para hacerse cargo de las críticas que se le dirigieron, publica sobre este mismo tema una nueva obra en 1922, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff *(El concepto sociológico y el concepto jurídico del Estado), en la cual se propone demostrar que el concepto del Estado sólo nos lo puede proporcionar la Teoría jurídica, y que jamás un estudio sociológico llegará a captar la esencia del mismo.*

En 1925 publicó en la colección de la gran "Enciclopedia de las Ciencias jurídicas y sociales" (editada por Julio Springer, Berlín), su "Allgemeine Staatslehre" (Teoría general del Estado), obra en la cual resume todas sus investigaciones y desarrolla sistemáticamente su construcción, partiendo de la tesis de que el Estado es un orden normativo coercitivo. En dicho libro trata de demostrar que todos los problemas planteados por la Teoría general del Estado son estrictamente problemas jurídicos y sólo resolubles desde este punto de vista.

El COMPENDIO *que prologo es un resumen esquemático de este libro, escrito por el mismo Kelsen. El presente* COMPENDIO *no se ha puesto a la venta en edición alemana; se publicó en forma de manuscrito un reducidísimo número de ejemplares, destinados a estudiosos extranjeros, con vista a la traducción, al objeto de que el público de otras lenguas pudiese enterarse, a través de pocas páginas, de los momentos capitales de la Teoría kelseniana. En*

1928 publiqué, en colaboración con mi querido amigo el Doctor Justino de Azcárate Flórez, la primera edición española de este COMPENDIO, *patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, siendo decano de ella el Prof. don Jesús Sánchez-Diezma, de fecundo magisterio.*

En nuevas publicaciones ha dado Kelsen desarrollos monográficos más amplios a temas tratados o esbozados anteriormente, y ha replicado en controversia a varias de las críticas que se han dirigido contra su doctrina. Así en Staastform als Rechtsform *(La forma del Estado como forma jurídica), 1925;* Die Bundesexekution *(La ejecución federal), 1927;* Der Staat als Uebermensch *(El Estado como superhombre), 1926;* Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? *(¿Historia del Derecho contra Filosofía del Derecho?), 1928;* Die philosophischen Grund lagen der Naturechtslehre und des Rechtspositivismus *(Los fundamentos filosóficos de la doctrina del Derecho natural y del positivismo jurídico), 1928;* Juristicher Formalismus und reine Rechtslehre *(Formalismo jurídico y teoría pura del derecho), 1929;* Der Staat als Integration *(El Estado como integración), 1930;* Theorie générale du Droit International Public. Problèmes choisis, 1933.

Además de las obras reseñadas — las principales — ha publicado numerosos artículos y folletos (1).

(1) *Ueber die Grensen zwischen soziologischer und juritischer Methode* (Acerca de los límites entre el método sociológico y el método jurídico), 1911; *Ueber Staatsunrecht* (Acerca del acto antijurídico del Estado) en "Grunhüts Zeitschrift", 1913; *Zum Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (Contribución a la teoría del negocio jurídico público) en el "Archiv für offentliches Recht", 1913 (tomo 31); *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft* (La ciencia jurídica como ciencia de normas o de cultura) en el "Schmoller's Jahrbuch", 1916 (tomo XL); *Zur Theorie der juristischen Fiktionen* (Para la teoría de las ficciones jurídicas), en "Annalen der Philosophie", 1919 (tomo I); *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik* (La relación entre Estado y derecho a la luz de la Teoría del conocimiento), en "Zeitschrift des öffentlichen Rechtes", 1921 (tomo II); *Rechtswissenschaft und Recht* (Ciencia

Kelsen ha sido también, el más notable comentarista del Derecho constitucional austríaco (Oesterreichiches Staatsrecht), 1923.

Desde el año 1919, publica y dirige la revista de Derecho público Zeitschrift für öffentliches Recht, *sucesora de otra revista también regida por él, que se titulaba* Oesterreichischer Zeitschrift für öffentliches Recht *(Revista austríaca de Derecho público). En 1926 fundó, junto con León Duguit y con Franz Weyr (Profesor checo en la Universidad de Brno), la* Revue Internationale de la théorie de droit; Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, *la cual da a luz originales en francés y en alemán.*

Al lado e independientemente de su labor sobre los problemas de la Teoría pura del Derecho, el Prof. Kelsen se ha ocupado también de temas de doctrina política. Entre las publicaciones más interesantes de este tipo deben ser mencionadas las siguientes: Politische Weltanschaung und Erziehung *(Concepción del mundo y educación política), 1912;* Vom Wesen und Wert der Demokratie *(Sobre la esencia y el valor de la democracia), 1920, obra en la cual afirma que la ideología democrática responde*

---

jurídica y Derecho), en "Zeitschrift des öff. R.", 1922 (tomo III); *Das Wesen des Staates* (La esencia del Estado), en la "Revue international pour la theorie du droit", 1926; *Naturrecht und positives Recht* (Derecho natural y Derecho positivo), en la "Rev. int. p. la th. du droit", 1928; *Die Lehre von der drei Gewalten und der Funktion des Staates* (La doctrina de los tres poderes y de la función del Estado), en "Kant-Festchrift", publ. por la I. V. f. R. u. W. Ph., 1924; *Staatsform als Rechtsform* (Forma estatal como forma jurídica), en "Zeits. d. öff. R.", 1924 (tomo V); *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, en "Récueil des Cours de l'Academie de droit international", 1927; *La garantie jurisdictionnelle de la constitution* (La justice constitutionnelle), en "Revue du droit public", 1926; *Der Wandel des Souveranitätsbegriffs* (La transformación del concepto de soberanía), en "Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio", 1931; *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht* (El acto antijurídico y su consecuencia en Derecho Internacional Público), 1932, en "Zeitschrift für öff. Recht", tomo XII, -4.

a una posición espiritual relativista y empírica, mientras que las tendencias autocráticas se aparejan ordinariamente con una actitud metafísico-absolutista; Sozialismus und Staat *(Socialismo y Estado), 1920, una investigación sobre la teoría política del marxismo, subrayando especialmente sus tendencias anarquistas;* Marx oder Lasalle? *(¿Marx o Lasalle?), 1924, breve estudio sobre las tendencias antimarxistas del socialismo actual, y su aproximación a la ideología de Lasalle;* Das Problem des Parlamentarismus *(El problema del parlamentarismo), una defensa del sistema parlamentario contra las ideas dictatoriales del fascismo y del bolchevismo, y, por fin, una conferencia en el Congreso Sociológico, celebrado en Viena en el otoño de 1926, sobre Sociología de la democracia, en la cual trató de estudiar el sentido liberal de la idea democrática y sus manifestaciones concretas en los diversos órdenes jurídicos, poniéndola en relación con las situaciones psicológicas de los diversos pueblos.*

III. Supuestos fundamentales y sistema de la Teoría pura del derecho y del Estado

1. El tema de la doctrina de Kelsen. — Sus supuestos filosóficos

La obra de Kelsen no constituye un sistema completo de Filosofía del Derecho. No se ha propuesto hacer Filosofía (propiamente tal) del Derecho; no pretende abarcar todos los supuestos y cuestiones fundamentales que lo jurídico puede plantear en absoluto, ni mucho menos llegar a su problema radical. El objeto de la especulación de Kelsen es más limitado: se reduce a una Teoría general del Derecho, entendida como Teoría de la ciencia jurídica:

quiere ser solamente una Filosofía del método y de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica. Y esto sobre supuestos filosóficos de linaje neokantiano.

Arranca de la concepción de que las formas mentales de conocimiento, los métodos, determinan a sus respectivos objetos: de que hay una estricta y rigurosa correlación entre el método y el objeto de conocimiento.

Y de otro lado se funda primariamente en el dualismo entre dos zonas de objetos: el mundo del ser real y la región del deber ser. Mas adviértase, pues ello es de alcance decisivo para la doctrina de Kelsen, que éste parte de la idea de que solamente hay una esfera del ser real, la esfera del mundo de la naturaleza determinado por un mismo sistema de categorías, que abarca igualmente el ser físico que el psíquico, la vida individual y la social. Dentro de la realidad natural se incluyen parejamente los fenómenos físicos, los psíquicos y los sociales; todos ellos pertenecen al mundo del ser real, explicable por la categoría de la causalidad; y en ciertos fenómenos, asimismo, mediante la categoría de la finalidad, pues esta es en definitiva también un modo de explicación de hechos reales. Causalidad y teología son las consideraciones mediante las cuales concebimos y nos explicamos los fenómenos del mundo de la realidad y ambas se alojan por ende dentro de la categoría del ser. Independiente de ésta, hay la categoría del deber ser, *regida por un sistema lógico propio, que comprende el mundo de las significaciones normativas, al cual pertenece el Derecho.*

2. La pureza del método jurídico. — Sus dos exigencias

Sobre los referidos supuestos, se funda el postulado de la pureza del método jurídico, *del cual se deriva todo*

el sistema de Kelsen y, en general, toda la producción de la escuela vienesa. El Derecho es un objeto independiente que pertenece a la esfera de lo normativo, y, correlativamente, la ciencia del Derecho será una disciplina autónoma, que deberá construirse y mantenerse apartada de toda mezcolanza con objetos ajenos y heterogéneos a ella. Su método será correlato de su objeto: la forma de conocimiento de normas jurídicas en tanto que normas; es decir, la forma de conocimiento determinante de ese objeto normativo, adecuada estrictamente a él.

La depuración de la ciencia jurídica tiene que realizarse en dos direcciones: por una parte, frente a la tendencia ético-política, que estudia las normas jurídicas atendiendo a las finalidades concretas que sirven; por otra, frente a la tendencia sociológica, que involucra hechos con normas, explicaciones causales con preceptos.

Debe eliminarse de la teoría pura del derecho la consideración ético-política, porque la Teoría pura del Derecho se ocupa de éste en cuanto a tal; es decir, como norma. Ahora bien, lo que de jurídico-normativo tiene el Derecho no es su contenido — este o aquel contenido concreto, dimanante del hecho de un poder social que lo elabora, en vista de determinados fines singulares y respondiendo a una idea política — sino su forma normativa. El Derecho es Derecho, y no otra cosa, no por virtud de una u otra finalidad concreta, por su mejor adecuación a una idea ético-política, sino solamente por su especial forma normativa. Esta forma normativa es lo esencial al Derecho y, consiguientemente, el objeto propio de su teoría. No se crea que esa primera tarea depuradora, la eliminación de la tendencia ético-política en la ciencia jurídica, implique un positivismo radical negador de la posibilidad de toda valoración ideal, negador de toda pauta estimativa. Se trata únicamente de establecer una rigorosa

separación entre la Teoría pura del Derecho *y la crítica política de* iure condendo, *sin que por ello se niegue radicalmente legitimidad a los problemas sobre la justicia o valores jurídicos. En varias ocasiones subraya Kelsen la posibilidad de consideraciones orientadas teológicamente hacia ideales de justicia, según aspiraciones éticas. Lo que niega decididamente es que tal género de elucubraciones puedan formar parte de la* Teoría pura del Derecho, *la cual no se propone más que dar cuenta de la esencia del Derecho positivo y estudiar sus formas típicas posibles. Esta labor deberá ser de tipo formal — prescindir de esas consideraciones teleológicas — por las razones siguientes: Trátase de determinar conceptos universales, válidos para todo objeto jurídico; por consiguiente, cualquier alusión a un contenido concreto frustraría inexorablemente esa universalidad; no nos preguntamos acerca de cuál sería el Derecho mejor, sino tan sólo acerca del Derecho pura y simplemente, de su esencialidad universal. Por otra parte, el criterio valorador o político habría de ser considerado como un hecho de conciencia, como la decisión a favor de una finalidad y la elección de los medios adecuados, lo cual aparecería como un ser, ajeno ya a la pura forma normativa de las reglas jurídicas. En una mera* teoría del Derecho positivo, *esto es, en la investigación acerca de las condiciones del conocimiento jurídico, o lo que es lo mismo, de la Ciencia jurídica, sólo puede tener cabida aquello que se refiere a este objeto. Más claro: cuando intentamos saber en qué consiste el Derecho positivo (su esencia universal, y todos sus modos posibles), cuál sea el sentido que late por debajo de toda construcción jurídica, cuál sea el criterio para atribuir al Derecho el carácter de tal, cuál sea la significación de aquellos conceptos comunes a todo sistema jurídico, cuál sea, en suma, el armazón conceptual mostrenco de todo lo que merece el nombre de jurídico,*

y en virtud de qué razón se le aplique, no debemos contestar a estas cuestiones con un quid pro quo, *esto es, dando cuenta de algo tan distinto de lo preguntado, como sería un juicio crítico sobre el valor positivo o negativo de un orden jurídico, o un sistema de ideales de Justicia.*

La otra tarea emprendida por Kelsen es la depuración del método jurídico de todos aquellos elementos pertenecientes a la Sociología. Ésta estudia fenómenos, hechos; se ocupa del acontecer humano bajo un determinado prisma; trata de descubrir el sentido y las causas de los momentos reales del hombre, como ser de relación. Nadie ha dudado que el objeto Derecho *pertenece en cambio al orden normativo. Ahora bien; por no haber sacado rigorosamente las consecuencias de esta afirmación tan obvia, la teoría jurídica viene divagando desde hace tiempo por campos extraños a su propio cometido.*

La diferencia, mejor todavía, la oposición entre la Sociología (como ciencia de fenómenos) y el Derecho (como ciencia de normas) se funda nada menos que en una radical distinción metafísica y gnoseológica: en la dualidad categorial entre el ser *y el* debe ser, *o lo que es lo mismo entre* naturaleza *y* normas.

La naturaleza es el orden del ser, *de los fenómenos, de lo que acontece realmente. La norma, en cambio, implica el concepto de algo que* debe ser, *independientemente de que en la realidad ocurra o no.*

3. "Ser" y "deber ser": naturaleza y normas

El ser *y el* deber ser, *constituyen dos categorías originarias, dos formas mentales y radicales, primarias, básicas. Así como no cabe una descripción del concepto categorial* ser, *así tampoco es posible una definición de la categoría* deber ser.

Así como el que algo sea reconocido como ser, *no es susceptible de explicación, así tampoco, el que otro algo sea concebido como* deber ser. *El* deber ser *es una categoría última y no derivada de ninguna otra, lo mismo que el* ser. *La contraposición entre el* ser *y el* deber ser *es una oposición lógico-formal: mientras nos movamos, pues, en el marco del conocimiento lógico-formal, no cabe pasar del primero al segundo; constituyen dos mundos separados por un abismo infranqueable.*

Por naturaleza entiéndese el mundo del ser *en todos los órdenes de la* realidad. *En este sentido todo cuanto es, todos los fenómenos, caen bajo el concepto de naturaleza. La naturaleza está regida por la ley de causalidad, cuya expresión concreta son las llamadas* leyes naturales. *Éstas enuncian que los objetos de la naturaleza se comportan de hecho en una forma determinada, es más,* que necesariamente tienen que comportarse así. *Por eso, es imposible que un fenómeno de la naturaleza se conduzca de modo diverso del que determinan sus leyes. No cabe una excepción, una violación de las leyes naturales. Tal cosa implicaría una negación, una contradicción de las mismas, y por tanto un absurdo. Si algo sucediera bajo determinadas condiciones y de un modo distinto al previsto hasta entonces por una ley natural, ello sería sólo la palmaria prueba de que ésta había sido formulada erróneamente; y por tanto, se impondría la tarea de estudiarla mejor, para enunciarla de modo que el nuevo hecho cayera dentro de sus márgenes. Kelsen entiende las leyes naturales según el concepto que de las mismas daba el físico Hemholz: toda ley natural enuncia que dadas determinadas condiciones previas, que en cierto respecto son iguales, acontecerán siempre unos efectos iguales también desde un cierto punto de vista.*

Pero cabe otra acepción más lata de ley natural, *ori-*

ginada probablemente por una dificultad del conocimiento de ciertos objetos, tales como los de la Psicología y Sociología. Estas Ciencias, hablan de leyes naturales en el sentido de reglas que expresan un modo constante de producirse ciertos fenómenos, que no llega, empero, a la uniformidad absoluta, carente de toda excepción. Estas leyes o reglas toleran excepciones, las cuales, mientras que se mantienen en un pequeño número, vienen casi en cierto modo a confirmarlas, según ya reza el refrán popular. Pero en todo caso, también estas reglas no expresan más que modos del ser y relaciones reales, hechos.

En oposición a las Ciencias de la Naturaleza, del ser, *o de fenómenos, que sólo enuncian y explican el* modo efectivo como son *sus objetos, hay otras disciplinas llamadas normativas, que exponen reglas preceptivas de una conducta determinada,* que prescriben un "ser" o un "no ser" determinados; *dicho con otras palabras: reglas que expresan un* deber ser. *El objeto de estas Ciencias consiste en* normas.

Las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser, lo que se debe hacer. *La norma no es jamás una aplicación de la ley de causalidad, pues no sienta nunca sus contenidos como efectos necesarios de una causa, sino como consecuencias ideales de un* deber ser.

Las normas, fundamentalmente, sólo pueden tener por contenido la conducta del hombre, que es el ser capaz de recibir mandatos y de cumplirlos. Ahora bien, no todas las acciones humanas tienen que ser forzosamente objeto de una norma. Desde un punto de vista normativo, hay muchos actos que resultan indiferentes, sin que por esto se nos antoje defectuoso el sistema de normas. En cambio, desde el punto de vista explicativo, el no poder referir un hecho a leyes naturales constituya una insuficiencia o lagu-

na de nuestro conocimiento, la cual tiene que ser colmada por una ulterior indagación científica.

4. Validez e influencia de las normas

Mientras que las leyes naturales no representan para las cosas un factor activo o actuante, sino que son sólo la explicación *intelectual de las mismas, en cambio las normas pueden* actuar o *ejercer influjo. Es más, el* fin *de las normas consiste en que actúen como causa motivadora sobre la voluntad de los hombres. La norma no tiene que explicar hechos, sino provocarlos. Urge, empero, tener muy presente que la* validez *de la norma es total y absolutamente independiente de su* acción o influencia real o eficacia. *La norma no consiste en que sea observada, sino en que lo que estatuye* debe ser. *Cabalmente sólo puede concebirse un* deber ser, *en tanto que se da la posibilidad de que no acontezca lo que éste exige. La esencia de la norma y su validez, es por completo independiente de que cumpla o no realmente su fin, esto es, de que provoque realmente la conducta que estatuye. Si lo que* debe ser *aconteciera necesariamente, la norma perdería todo su sentido peculiar, se transformaría en una* ley natural *explicativa. La norma sólo tiene sentido, en cuanto se dé la posibilidad de que no ocurra lo que ella manda. Para la validez específica de la norma (validez que se funda en la categoría del* deber ser) *es indiferente la realización de su fin. Esta es una mera cuestión de hecho, y como tal no puede afectar a la validez normativa, que es independiente de toda realidad coincidente o discordante.*

La única consecuencia que puede deducirse del fin de la norma para sentar sus notas esenciales, es que sólo puede tener como contenido una conducta futura. Como quiera que su fin es provocar en el sujeto correspondiente un com-

portamiento determinado, sólo puede referirse a acciones venideras.

Urge, pues, distinguir pulcra y cuidadosamente entre la validez *de la norma, y* su influencia real o eficacia. *La* validez *de la norma es algo que se deriva de su propia esencia: es la traducción concreta de la categoría del* deber ser; *y es una nota que se halla fuera del espacio y del tiempo, un carácter que no encontramos entre los seres reales, sino únicamente en el reino de lo ideal. Llámase en cambio* eficacia *de la norma al* hecho real *de su observancia por los que están sujetos a la misma. Ahora bien; en términos rigorosos, la eficacia no puede atribuirse inmediatamente a la norma, porque no es ésta considerada en su peculiar validez, la que se manifiesta como* eficaz, *como* actuante *de una manera real, como agente productor de determinados hechos: lo que produce realmente la observancia de la norma no es la norma misma en cuanto entidad ideal, en cuanto a puro* deber ser, *sino el* hecho psicológico *de que los hombres se la representan en su conciencia. De la norma en sí, sólo puede predicarse la* validez; *la representación psíquica de la norma, en cambio, ya puede ser eficaz o ineficaz, según que llegue o no a producir la conducta prevista en ésta.*

5. Carácter normativo de la Ciencia jurídica

La Ciencia del Derecho es una Ciencia normativa: este carácter se manifiesta en ella de doble modo: a) negativamente *en cuanto que su misión no es la de explicar cómo acontecen los hechos sociales; y* b) *positivamente en cuanto que su objeto está constituído por normas, partiendo de las cuales debe derivar sus conceptos jurídicos.*

Las normas objeto de la Jurisprudencia son exclusivamente las del Derecho positivo, recibidas, por lo tanto, de

un modo dogmático. *Con esta afirmación, que a primera vista pudiera parecer propia de un positivismo desenfrenado, no niega Kelsen la legitimidad del problema sobre los ideales jurídicos. Ahora bien; tal cuestión es, para Kelsen,* metajurídica; *no puede ser resuelta ni siquiera enfocada desde un punto de vista jurídico: sólo cabe estudiarla desde el campo de la Moral, de la Religión, de la Metafísica. El fin de la ley, las pautas para su reforma, son materias que pertenecen a la Política; representan consideraciones que están más allá de la Jurisprudencia. Esta y la teoría pura del Derecho positivo, sólo pueden ocuparse de su objeto, es decir, de las normas jurídicas positivas y de sus supuestos lógicos, respectivamente; porque propiamente no hay más Derecho que el positivo. La nota de positividad, pertenece esencialmente, como se verá más adelante, al concepto del Derecho. Esto no significa de ninguna manera que todo Derecho sea justo, y que no existan criterios de valoración. Podrán buscarse esos criterios, indagar puntos de vista críticos para enjuiciar la legislación, pero tales principios no constituyen Derecho: son máximas para la elaboración, la reforma o la crítica del mismo. Y estos tres temas trascienden ya del campo jurídico inmanente. El jurista se ocupa del Derecho; no puede, por consiguiente, mientras trabaje con pulcritud mental, mezclar a este objeto cosas distintas. La teoría pura del Derecho tiene por objeto únicamente tratar de la esencia del Derecho y de sus formas posibles, explicando los principios lógicos de la construcción jurídica, la armazón gnoseológica del Derecho. La teoría jurídica pura sólo puede ser una teoría del Derecho positivo, que consistirá en el estudio de aquellos conceptos comunes y esenciales a todas las disciplinas jurídicas y a todo sistema jurídico.*

Por otra parte, si el objeto del Derecho está constituído por normas, *una Ciencia jurídica rigorosamente construí-*

da, exigirá, ineludiblemente, que se excluya de su campo todo aquello que implique elementos pertenecientes al reino del ser: *su tarea ha de consistir en exponer todos los conceptos jurídicos, manteniéndose fiel, de una modo rigoroso, a las exigencias del conocimiento normativo. La Teoría jurídica debe ser elaborada de modo estrictamente normativo. Este es el lema que Kelsen opone a la Jurisprudencia del día, la cual se halla empapada de elementos empíricos, de tipo psicológico y sociológico. La moderna Teoría jurídica, intenta solucionar muchas veces problemas normativos con medios explicativos de observación. Contra este pecado de sincretismo metodológico protesta vigorosamente Kelsen. La primera de sus grandes obras,* Hauptprobleme der Straatsrechtslehre, *está consagrada fundamentalmente a mostrar los que él estima disparates de esta mixtura de puntos de vista.*

6. Relaciones entre validez e influencia. — La positividad

Ahora bien, a pesar de que la esencia de la norma nada tiene que ver, en absoluto, con el hecho de su observancia, sin embargo, para suponer válido un sistema de normas jurídicas, precisa forzosamente que haya una realidad social que de un modo regular corresponda al contenido de aquéllas. Si las normas, y especialmente las normas jurídicas, tienen un contenido que no logra en la realidad eficacia alguna, entonces no pueden ser supuestas *por la Teoría del Derecho* como normas *vigentes. Para que un orden jurídico sea supuesto como normativamente válido, urge que la conducta real de los hombres a los cuales se refiera, coincida hasta cierto grado con el contenido de aquél.*

Pero, recordando por otra parte que un orden normativo exige que se dé siempre la posibilidad de una in-

fracción del mismo en los actos reales — a trueque sino de perder su carácter específico, convirtiéndose en una ley natural explicativa, — tendrá que afirmarse que la relación entre el contenido de un sistema vigente de normas jurídicas y el contenido de los actos reales que le están subordinados, sólo puede determinarse constatando que hay un límite superior y otro inferior: la divergencia no puede ir más allá de un máximum, pero tampoco puede descender bajo un mínimum. *Esta relación entre las normas jurídicas y la conducta que regulan, determinada entre un máximum y un mínimum de facticidad, constituye el concepto de* positividad.

El problema acerca de la positividad no es exclusivo de la Teoría jurídica; lo encontramos siempre que nos planteamos la relación entre un sistema de valores, y la realidad que debe formar el substrato de los mismos. Esta es cabalmente la cuestión que el tema de la realización de los valores, *plantea a la Filosofía. Su extraordinaria dificultad consiste en que por un lado se nos presenta la antinomia radical, el necesario dualismo entre el* ser *y el* deber ser, *entre* realidad *y* valor; *y por otro, la imprescindibilidad de una relación entre los contenidos de éstos. La Teoría jurídica tiene que contentarse con la observación susodicha, pues este magno problema trasciende de sus márgenes, para caer de pleno en el campo de la Metafísica. Sin menoscabar en nada el primario dualismo formal entre las categorías* ser *y* deber ser, *es forzoso reconocer, que cuando agotada la serie de las normas cuya validez la derivan unas de otras, nos preguntamos por el principio y la postrimería, por la aparición y la destrucción del* deber ser, *no podemos contestar a dichos interrogantes mientras permanezcamos en el mundo del* deber ser: *es preciso pasar al del* ser. *Y lo mismo acontece cuando planteamos estas cuestiones con respecto al mundo del* ser: *no podemos re-*

solver estos últimos problemas metafísicos mientras permanezcamos en él; es preciso trasladarnos entonces a la región del deber ser absoluto. *Los problemas acerca del origen y destrucción del* ser, *caen fuera de su campo y no pueden resolverse por el método explicativo (causal); y los problemas sobre el origen y el aniquilamiento del* deber ser, *no son susceptibles de solución dentro del conocimiento normativo y mediante sus métodos.*

7. Anticipo sobre la distinción entre Derecho y Moral

La distinción entre Derecho y Moral, será un resultado de la teoría sobre la forma o estructura lógica del precepto jurídico. Hasta entonces no se podrá comprender de un modo total el sentido de esta diferencia. Sin embargo, de momento se puede ya sentar una distinción fundamental, cuyo alcance será expuesto por completo más adelante. Lo establecido hasta ahora permite afirmar que de la Moral se distingue el Derecho, por ser esencialmente heterónomo.

Sea cualquiera el sistema ético profesado, es preciso admitir que la norma moral tiene que ser tenida como válida por el sujeto de la misma. Una norma moral no puede obligar sino cuando se la reconoce como válida, lo cual no implica que su validez derive de este reconocimiento; pero aun considerando al Bien *como dotado de objetividad, sólo tendrá sentido que yo* deba *cumplirlo, en tanto que reconozca que es tal bien y que me obliga. Sea cual sea el origen de los contenidos de la norma moral, ésta es válida para mí, sólo en cuanto mi conciencia la promulga. En cambio, el Derecho es en sí heterónomo, porque es totalmente indiferente a su validez la posición que adopte la conciencia de sus súbditos con respecto a él: representa una norma exterior en cuanto no necesita proceder de la con-*

ciencia y valer por la misma, sino que es dictada por algo extraño al individuo. Cierto que, en la mayoría de los casos, podrá coincidir con las ideas morales del individuo, pero esto no es esencial al concepto lógico del Derecho. El Derecho vale o está vigente, no porque las conciencias individuales, ni la opinión pública, lo haya admitido o elaborado, sino porque y en cuanto ha sido dictado por el Estado.

No se agota con esto la labor de distinción entre Moral y Derecho. Éste es, frente a aquélla, un orden coactivo; pero la explicación del sentido que tiene esta nota no puede darse sino después de haber definido la forma lógica del precepto jurídico. Las observaciones que anteceden constituyen una propedéutica indispensable para resolver los problemas capitales de la Teoría jurídica, pero sólo después de haberlos solucionado será posible ganar los perfiles todos del concepto del Derecho.

8. La eliminación de notas teleológicas en los conceptos jurídicos

Ya se dijo que, de la Teoría pura del Derecho, deben ser eliminadas no sólo las explicaciones causales, sino también toda consideración teleológica, porque ésta es propia de la Política, del estudio ético sobre la rectitud de las leyes, pero ajena a los conceptos jurídicos puros.

Pero Kelsen no se limita preconizar la exclusión de todo momento teleológico en la Teoría pura del Derecho, que se ocupa de los conceptos formales universales. Además sostiene que los conceptos jurídicos concretos, esto es, los conceptos de las instituciones jurídicas — tal y como éstas aparezcan en su determinado Derecho histórico — tampoco deben contener notas teleológicas. Esos conceptos jurídicos de instituciones concretas deben construirse tam-

bién, sólo con ingredientes normativos, deben denotar la constelación de sus elementos normativos, su estructura formal, y nada más; pues de lo contrario se desvanecería su auténtico perfil, sería desdibujado por una caracterización ajena a su peculiar forma normativa.

La razón genérica y fundamental para excluir la consideración teleológica en todos los conceptos jurídicos es la siguiente: la consideración teleológica ve la norma como un medio para lograr determinada finalidad. "concibe la norma como hecho de conciencia, tal como se da en la cadena causal del mundo del ser"; en ese sentido, pues, pertenece al conocimiento del ser y es extraña a la norma como tal. Por consiguiente, la Teoría jurídica, tiene sólo como tema posible y adecuado, un estudio formalista, que no se pregunta acerca del contenido del deber — variable, contingente, — sino acerca de su forma.

Pero, además, con respecto a los conceptos jurídicos singulares — contenido no de la Teoría pura del Derecho, sino ya de una Dogmática jurídica, — argumenta Kelsen la necesidad de excluir de ellos las notas teleológicas, del siguiente modo. Es verdad que las normas jurídicas tienen su origen en procesos sociales y que responden a determinados fines, pero la Ciencia jurídica no se pregunta por el origen de sus normas, sino que las presupone, *las recibe ya hechas; y por tanto tampoco puede plantearse la cuestión acerca del cual sea el fin para el que fueron creadas. Kelsen recuerda que Laband (1) había ya dicho con rigorosa precisión, que urge rechazar la idea de que sea el fin de una institución lo determinante de su esencia; el fin está fuera de la institución por medio de la cual debe ser realizado; se encuentra más allá de las fronteras conceptuales del medio (institución jurídica), por el cual se realiza. El*

(1) LABAND, en un artículo publicado en el *Archiv für öffentliches Recht*, 1887, tomo II, pág. 317.

fin, considerado subjetivamente, es la intención que el creador de la insttiución se propuso con la misma; objetivamente, el efecto que ésta debe realizar. Ahora bien; en ningún caso es el fin, un momento integrante de la institución. Cierto que para entender plena y totalmente una institución en un caso determinado, nos ayudará mucho el reflexionar sobre su fin; pero éste jamás puede pertenecer a la esencia de aquélla. La tarea de explicar los elementos conceptuales de la compra, del préstamo, de la sociedad, de la hipoteca, etc., es muy diversa de una consideración sobre los fines a que dichas instituciones sirvan. No sólo es posible que una misma institución sea empleada para diversos fines, sino que también para un mismo fin puede echarse mano de instituciones varias, y aún más, cabe que a pesar de emplearlas, el fin no se logre. La Jurisprudencia sólo puede estudiar los momentos formales del Derecho, que son precisamente los que le constituyen en tal. De los contenidos en cuanto a sus orígenes y fines, se ocupan respectivamente la Sociología y las disciplinas ético-políticas e históricas. La Ciencia jurídica con sus métodos específicos de conocimiento, sólo puede ocuparse de la forma *del fenómeno jurídico: la forma que es lo normativo, lo específicamente jurídico. Todo lo demás cae bajo el campo del* ser *por una parte, y de la* política *por otra.*

9. La teoría pura del Derecho como Geometría del fenómeno jurídico

El reproche contra esta concepción normativo-formalista, alegando que ignora la vida real y que conduce a resultados que no satisfacen todos los interrogantes que el espíritu humano se plantea, arranca de un total desconocimiento de la esencia de la Jurisprudencia, cuya misión no es ni explicar la vida, ni orientarla hacia a los

supremos fines humanos. Este reproche significaría algo tan absurdo como el que se dirigiera al geómetra porque no estudiase el peso, color, dureza, etc., de los materiales de que están constituídos los cuerpos. Introducir en la Jurisprudencia los momentos de origen *y* fin, *constituye una falta tan grave, como definir la esfera explicando las cualidades del material concreto de un caso particular de la misma.*

La misión de la Teoría del Derecho frente a los fenómenos jurídicos, puede ser comparada a la que incumbe a la Geometría con respecto a los cuerpos: esto es, el estudio exclusivo de las formas posibles y conexiones esenciales entre las mismas. Así como la Geometría ni explica los materiales de que están formados los cuerpos, ni su origen, ni tampoco expone las reglas del arte de hacerlos; del mismo modo la Teoría jurídica no puede ni debe ocuparse, de la naturaleza de los contenidos sociales, y del arte de elaborar normas conducentes a fines determinados.

10. Lo no jurídico del Derecho

El punto de vista lógico-formal del método jurídico de Kelsen, no pretende llegar a la absorción de todos los estudios sobre el Derecho. El propio fundador de la escuela vienesa, *reconoce que la posición rigorosamente normativa de su método jurídico, es unilateral y que no puede abarcar la totalidad de los ingredientes del fenómeno jurídico. Al lado de la construcción lógico-normativa de la Jurisprudencia, caben desde luego un estudio histórico-cultural de la misma, e investigaciones de índole psicológica y sociológica. Y no solamente es lícito, sino también necesario, que el jurista emprenda estos estudios; lo único que urge tener siempre a la vista es que, como psicólogo, sociólogo, historiador, persigue algo totalmente distinto de lo que busca con el*

método rigorosamente jurídico, y por tanto, los resultados de aquellas consideraciones jamás deberá trasladarlos al plano de la construcción jurídico-normativa. La Teoría pura del Derecho estudia en el fenómeno lo que tiene precisamente de jurídico, a saber, una forma normativa especial. Todo lo demás que ofrezca el fenómeno jurídico, es algo que ya no es jurídico, cae más allá de las posibilidades del método jurídico, y debe ser resuelto por otras ciencias, con métodos adecuados para el conocimiento de estos elementos no jurídicos. Volviendo al parangón anterior, es evidente que en una estatua, verbigracia, puedo estudiar no sólo su forma, sino la calidad de la piedra, si es o no una realización afortunada de un ideal estético; el fin que se propuso el escultor al modelarla; el papel que desempeñe como motivo decorativo en una fachada, etcétera. Pero la Geometría sólo puede ocuparse de la primera cuestión, es decir, de lo que tiene de forma. La teoría del Derecho sólo puede ocuparse de lo que un fenómeno tenga de jurídico, y no de sus restantes ingredientes no jurídicos. Ahora bien, lo jurídico no es sino una modalidad especial de la categoría normativa o del deber ser: *su estudio excluye, pues, por definición todo elemento que implique* ser, *y toda consideración trascendente sobre los fines a cuyo servicio pueda ser colocada esta categoría normativa.*

11. La influencia del sociologismo en las Ciencias jurídicas. — Su depuración

Desde el punto de vista normativo deben, pues, derrumbarse un gran número de doctrinas que infectan hoy de sociologismo a las ciencias jurídicas: la identificación del Derecho y la fuerza, la teoría del reconocimiento

(Anerkennung) *(1), la fuerza normativa de los hechos, etcétera.*

Es imposible construir conceptos jurídicos partiendo conjuntamente de los puntos de vista normativo y real, reflejando al propio tiempo un deber ser *y un* ser. *Si se quiere considerar solamente como preceptos jurídicos aquellas normas que son eficaces, es decir, que son cumplidas en la realidad, entonces para saber si un precepto promulgado merece el nombre de tal, urgiría esperar a ver los efectos que produce en la vida; si actúa eficazmente en las motivaciones de los hombres para los cuales se dictó. Sólo cuando esto se hubiera comprobado, podría atribuírsele el carácter de norma jurídica. Pero esta consecuencia es inadmisible para todo jurista.*

12. La pureza del método normativo y el concepto de voluntad

Una de las consecuencias más importantes que trae consigo la tesis de la pureza del método *jurídico, es la de alejar de la Jurisprudencia la noción psicológica de voluntad, porque ésta constituye un elemento perteneciente al* reino del ser, de la naturaleza. *Pero Kelsen no se limita a fundamentar sólo de ese modo deductivo, la necesidad de arrojar todo concepto psicológico de voluntad del dominio de la Teoría jurídica. En un minucioso estudio* (2), *trata de mostrar cómo el concepto psicológico de voluntad no es capaz en modo alguno de explicar lo que los juristas entienden bajo esta palabra: y pone de manifiesto que lo que el jurista concibe como voluntad, es algo*

(1) BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriff* (Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales). Véase la exposición resumida de esta doctrina en PETRONE, *La fase recentissima della Filosofia del Diritto in Germania,* 1899. Véase KELSEN, *Hauptprobleme...,* págs. 346, 378.

(2) Véase *Hauptprobleme...,* págs. 97 a 162.

distinto del factor psíquico que bajo el mismo nombre considera la Psicología.

La determinación del concepto "voluntad" pertenece de pleno a la Psicología. El acto volitivo es un hecho de la vida espiritual: cae, pues, bajo la categoría del "ser": pues tan real es lo físico como lo psíquico. La Psicología no ha olvidado ciertamente esta investigación: es innumerable el repertorio bibliográfico sobre la misma. Parece por consiguiente que si la voluntad como hecho psíquico tiene alguna relevancia para el Derecho, bastaría con que éste hiciera una mera referencia a los resultados de la Psicología. Sin embargo, los juristas se ocupan en sus tratados, con proporciones desmesuradas, de la voluntad. Esto induce a creer — y un mero examen de dichas obras lo confirma — que el concepto de voluntad elaborado por los psicólogos resulta inservible para los juristas. Lo cual nada tiene de extraño si se recuerda que la Jurisprudencia no es ciencia de fenómenos, y la voluntad sólo como tal, es estudiada en la Psicología.

13. Síntesis de la teoría psicológica sobre la voluntad

Los resultados corrientes a que llega la Psicología acerca de la voluntad, podrían resumirse, dejando aparte las grandes controversias hoy todavía empeñadas, en las siguientes observaciones. La voluntad, es un tipo especial de tendencia psíquica. Está asociada a la representación de un fin y de un medio conducente para lograrlo. Para que se dé voluntad es indispensable la conciencia de dichas representaciones: una voluntad inconsciente es una contradictio in adjecto. *Urge otro requisito todavía: que creamos que la consecución del fin propuesto está en nuestro poder. Esto es precisamente lo que diferencia la voluntad del deseo: no se puede querer, pero sí en cambio de-*

sear, que luzca el sol. Una peculiar descarga de energía psíquica, que se produce supuestas las condiciones susodichas, es la que constituye el acto volitivo. Objeto de la voluntad, es no sólo el fin último dado a la representación, sino también la serie causal de los medios, a condición, claro está, de que se tenga también conciencia de ellos.

Debe distinguirse psicológicamente entre "la ausencia de querer" y el "querer algo negativo". En el primer caso, lo acontecido o no acontecido, ni ha sido querido, ni ha dejado de serlo: ninguna relación tiene con la voluntad; en el segundo, en cambio, lo no ocurrido ha sido querido en su negatividad. Ahora bien; cuando el objeto de este querer negativo tenga que ser una omisión del sujeto, para que en este caso se pueda hablar de voluntad y no de mero deseo, es preciso que se haya sofocado de modo positivo, un impulso que se oponía a la omisión. Así, pues, sólo podré afirmar que yo he querido que la lluvia mojara a fulano, cuando en mí ha existido realmente el impulso de dejarle un paraguas y mi voluntad lo ha sofocado. Aquello que preveo de un modo totalmente pasivo, no es psicológicamente querido por mí.

Finalmente, urge distinguir entre lo querido *que es contenido de las representaciones del fin y de los medios propuestos, y lo causado realmente por mi voluntad. Esta puede* ser causa *real de hechos* que yo no he querido. *Así, por ejemplo, al clavar un clavo me aplasto el dedo con el martillo. El movimiento de mi brazo es causado por mi voluntad, pero su resultado no lo quise. Aun cuando se produzcan consecuencias que el sujeto previó como posibles, pero no necesariamente ligadas al fin de su voluntad y no formando el contenido de la misma, no pueden ser reputadas como* queridas; *en cambio, es evidente que fueron causadas por la voluntad: por ejemplo, un explorador polar sabe que podrá perecer helado; aho-*

ra bien; si esto acontece, la causa real será el acto de voluntad que le llevó a las tierras glaciares y, sin embargo, jamás tal resultado podrá ser considerado como querido por el explorador. Para la cuestión acerca del contenido de una voluntad, son indeferentes los resultados que produzca en el mundo exterior.

En cambio, cabe que se quiera positivamente, aquello que no se causa: *acudamos al siguiente ejemplo: porque Ticio quiera* no matar *a Cayo (es decir, porque haya reprimido un instinto homicida contra él), no puede decirse que ese acto de voluntad de Ticio sea causa de la supervivencia de Cayo. Otro ejemplo todavía, para aclarar más esta distinción: un maquinista que viendo el choque inminente no frena el tren pudiendo hacerlo,* ha querido el choque, *pero no ha sido su causa real. Si quisiéramos considerar como causa de un hecho, no sólo sus agentes productores, sino también la no realización de todos los obstáculos posibles, tendríamos que extender hasta lo infinito el concepto de causa. En el mundo del acontecer real, hay sólo hechos, y no posibilidades.*

Este concepto imposible y absurdo de la causa negativa ha sido fletado por las ciencias normativas. Los autores que lo sostienen (Feuerbach, Merkel, Binding, etcétera), han dicho que una omisión actúa como causa, sólo y cuando existía el deber de realizar la acción que no se practicó. ¡He aquí — dice Kelsen — una muestra de los resultados pintorescos y absurdos a que conduce el desconocimiento de la diferencia entre el campo del ser *y el reino del* deber ser, *entre la consideración explicativa y la normativa!*

14. El concepto jurídico de voluntad

La consideración jurídica de la voluntad no puede coincidir con la doctrina psicológica de la misma, porque ésta se funda en las representaciones conscientes del sujeto que quiere, mientras que la primera únicamente puede partir de los hechos positivos reales, los cuales, como se ha expuesto, no son siempre forzosamente objeto del acto volitivo. La voluntad es un fenómeno psíquico incaptable como tal en los hechos exteriores, sobre los cuales trabaja el Derecho. El jurista no considera los procesos psíquicos sino los hechos sociales en cuanto coinciden o no, con el contenido de una norma; para constatar lo que él llama voluntad no se sirve, como en seguida se verá, de métodos psicológicos, sino de ficciones y presunciones, lo cual es algo muy distinto.

La teoría generalmente aceptada sobre el negocio jurídico privado lo define como una declaración de voluntad, *y, según esto, los efectos del mismo responden a que la parte* o *partes* los han querido. *Ahora bien; un examen de algunos principios jurídicos generales, e indiscutidos, mostrará que contradicen esta concepción.*

A) *¿Puede admitirse que las partes que intervienen en un negocio jurídico* quieren *y por lo tanto se representan conscientemente todas las consecuencias jurídicas del mismo, correspondientes a su declaración de voluntad? Ni siquiera el jurisperito es mucha veces capaz de tener presente ante su conciencia en un momento dado, todas las derivaciones de una declaración de voluntad. Y, sin embargo, a pesar de que psicológicamente no se puede querer más que aquello que se tiene en la conciencia de un modo actual, todos los efectos jurídicos del negocio* valen *como queridos. El querer en el Derecho*

significa, pues, algo distinto de la voluntad psicológica.

B) *Cuando alguien hace una declaración (oral* o *escrita) de voluntad, urge distinguir, desde el punto de vista psicológico, entre la voluntad de declarar lo que se declara y la voluntad de cumplir el contenido del negocio jurídico en cuestión. La segunda es imposible constatarla objetivamente, y, sin embargo, la definición que se combate se funda en ella, y de ella pretende deducir todos los efectos jurídicos. Pero esto no es así: Pedro, por ejemplo, promete pagar a Juan una cantidad y, sin embargo, desde el primer momento sabe que no la pagará (porque no puede o no quiere), y su voluntad es de no satisfacerla; lo único que quiere, psicológicamente, es la declaración que hace de una voluntad que no existe. Ahora bien; a ningún jurista se le ha ocurrido que esta* reserva mental *pueda anular los efectos del negocio. Otra prueba, pues, de que el Derecho no se funda sobre el hecho psíquico real de la voluntad; lo que él llama así, debe ser algo distinto de ese fenómeno.*

C) *Por otra parte, la distinción jurídica corriente entre errores disculpables (que anulan el negocio) y errores indisculpables (a los que se niega efectos en Derecho), no tiene ni puede tener correspondencia alguna en los fenómenos reales volitivos. La diferencia entre lo que se declara y se quiere declarar, se da lo mismo en los primeros que en los segundos.*

D) *La doctrina sobre la coacción psíquica, como causa de nulidad, tampoco se funda en la voluntad real. Si se suscribe un recibo bajo el temor, pueden darse dos casos:* a) *Estar decidido a pagar.* b) *No estarlo. En ambos se* quiere *declarar la voluntad (real o fingida) de pagar. La nulidad no se funda, pues, en una carencia de voluntad:* coactus tamen voluit, *dijeron ya los romanos.*

E) *Finalmente, hay casos de coacción interna, que,*

psicológicamente, *en nada difieren del* temor insuperable, *y, sin embargo, no cuentan con ningún efecto jurídico. Por ejemplo, quien bajo la presión del hambre compra comestibles a crédito, que no sabe si podrá y querrá pagar, se encuentra psicológicamente en situación análoga al que, amenazado con la muerte, promete entregar una suma de dinero.*

El error de la teoría del negocio jurídico, como expresión de voluntad, radica en una confusión terminológica. Se equipara indebidamente la validez del negocio con los contenidos reales de la voluntad. Esta tendencia errónea se manifiesta superlativamente en la terminología y en el espíritu de las ficciones, en las cuales, a pesar de la prueba psicológica de que no hay voluntad alguna, se finge su existencia. Todo ello demuestra que la voluntad en el Derecho no se corresponde con la psíquica, sino que es un concepto peculiar del pensamiento jurídico; en suma, una construcción jurídica. *Si en el Derecho no se quiere prescindir de la palabra* voluntad, *precisará afirmar que* jurídicamente un negocio es querido, en tanto, o porque es válido.

Al mismo resultado que la consideración del Derecho privado, con respecto a la voluntad, conduce el estudio del papel que la misma juega en el Derecho penal. Si pasamos revista a los hechos que son castigados en los Códigos penales, veremos que pueden agruparse en tres clases: a) *Actos cuyo resultado fué plenamente querido por su autor.* b) *Hechos que no fueron queridos, pero sí previstos.* c) *Resultados que ni fueron queridos ni previstos, pero que* debieron *ser previstos y evitados. Si en los tres casos se puede hablar con igual propiedad de responsabilidad penal, resulta obvio que el fundamento* jurídico *de la misma no puede ser ni el* querer, *ni la* previsión, *ni la* carencia *de aquél y ésta: tiene que ser algo común a los tres*

casos. Luego es preciso renunciar a la fundamentación psicológica del concepto de responsabilidad jurídica. Esta no puede sino consistir en una construcción normativa, según la cual, culpable es el sujeto de una norma lesionada. *La sentencia que declara una culpabilidad, no dice más ni menos, sino que se ha producido un hecho antijurídico punible. Así, pues, dentro de la estructura lógica del Derecho, es inexacto afirmar que porque existe una culpa por esto se da una pena. Se impone precisamente la conclusión inversa:* porque la ley impone una pena, por esto el acto es culpable. *Lo que eleva un acto determinado a la categoría de delito es la ley que le impone una pena. Por ende, la responsabilidad jurídico-penal se da sólo porque y en tanto que la ley establece un castigo.*

Lo dicho no implica en modo alguno que quede eliminado del Derecho penal todo concepto de intención, conciencia, previsión, etc. Si el Derecho considera en muchos casos actos voluntarios, fijándose en la intención, téngase en cuenta que para esto es preciso que tales fenómenos psíquicos sean recogidos en el seno del precepto, y que constituyan dentro de él la condición de sus efectos penales. Ahora bien; el juez, ni por su misión, ni por los métodos de que dispone, puede llegar a captar la intención puramente psicológica en su calidad de hecho interno, de fenómeno de conciencia. Cuando la norma la establece como condición de la pena, el Juez atiende entonces a circunstancias de índole exterior, en mérito de las cuales presume jurídicamente *el acto voluntario.*

Sentada ya la propedéutica que antecede — a la que Kelsen consagra numerosas páginas, y de la que sólo he hecho resaltar los momentos esenciales, — se puede ya intentar la definición del concepto jurídico de voluntad.

15. La voluntad jurídica como construcción normativa. El concepto de imputación

El concepto jurídico de voluntad no es más que un caso u objeto especial de una operación mental llamada imputación normativa, *característica de todas las ciencias normativas, pero muy especialmente del Derecho. Con esto llegamos a una de las ideas angulares de la construcción kelseniana. La estructura lógica denominada* imputación *es el modo de enlace típico de dos hechos en la norma. Los elementos contenidos en la norma jurídica se relacionan entre sí, no por el principio de causalidad, sino por el vínculo del* deber ser.

La pena es imputada *al delito, y el* delito *a la persona castigada, porque la norma así lo establece. Si a este enlace de dos o más elementos en la norma (establecido por el* deber ser), *lo llamamos* imputación, *entonces ésta viene a constituir, en el reino del sistema jurídico, el principio análogo a la causalidad en el reino de la naturaleza. Fundamentalmente hay que distinguir dos clases de imputación:* a) *La imputación de un hecho (la consecuencia jurídica), a otro hecho (la condición jurídica), y* b) *La imputación de un hecho a una persona. Ahora, para dar remate a la consideración sobre el concepto de voluntad jurídica, interesa sólo la segunda de estas acepciones.*

16. Imputación personal

La imputación *personal es la forma de enlace normativo entre el* sujeto *del* deber ser *y el* objeto *del mismo, tal y como lo establece el precepto. Cuando comparamos un hecho realizado (el cual es objeto de la norma) con el contenido de la misma, surge en seguida la cuestión*

sobre a quien debemos atribuir la observancia o la violación, esto es, el problema acerca del "sujeto" del deber. *La respuesta sólo puede darla la norma que alberga en sí la relación entre lo que manda y quien debe cumplirlo, entre el objeto y el sujeto del deber ser. Ahora bien; ya se ha visto que el objeto del deber no es forzosamente siempre un acto voluntario del sujeto, sino efectos involuntarios del mismo, o un hecho externo ni querido ni previsto, pero que debió ser previsto y evitado (responsabilidad por la caída de una teja de la propia casa), etc. La imputación, en sí, desde un punto de vista normativo inmanente, nada tiene que ver ni con la serie causal, ni con procesos teleológicos. Expresa el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto.*

La imputación parte de un hecho externo del sujeto, pero no se detiene en él, sino que se refiere a un todo unitivo, a la persona; este punto ideal que funciona como término de una imputación, es lo que la Jurisprudencia llama voluntad. Voluntad, jurídicamente, es, pues, una construcción normativa, que representa un punto final o término de imputación.

17. En qué consiste la voluntad del Estado

Así toda la problemática del Derecho se concentra en torno a la doctrina sobre la estructura lógica de la proposición o precepto jurídico.

Todos los juristas coinciden en afirmar que el Derecho (positivo) es la expresión de la voluntad del Estado. *Ahora bien, sobre qué deba entenderse por voluntad del Estado y sobre cuál pueda ser su contenido, las divergencias son enormes y en número casi incontable.*

Las teorías organicistas hablan de una voluntad colectiva distinta de las individuales. Kelsen ha desarrollado

una minuciosa y fina crítica de esta doctrina. El carácter de esta exposición que sólo quiere subrayar los momentos esenciales del pensamiento kelseniano, me impide reproducir, ni siquiera en forma brevísima, estos argumentos.

Otra teoría muy difundida (cuya elaboración se debe a Jellinek y a Gerber) refiere la voluntad del Estado a la de sus órganos. La crítica que contra esta doctrina dirige Kelsen, se funda: 1.º En que de ese modo queda destruída la unidad del Estado, dispersándose en el vario número de sus órganos; pues la unidad teleológica que preconiza podría, a lo sumo — cosa muy dudosa — ser patrimonio de una comunidad espiritual perfecta, pero nunca del Estado como tal. 2.º Porque la voluntad real de los órganos puede ser distinta de la voluntad estatal que realizan. 3.º Porque falta un criterio para saber lo que el órgano hace como tal y lo que efectúa como particular. 4.º Porque el mero hecho real de una voluntad psíquica individual, no puede producir, sin más, un mandato, una norma, un deber ser.

Frente a todas las teorías dominantes sobre la voluntad del Estado, preconiza Kelsen la siguiente: que determinadas acciones no valgan sólo como actos de los individuos que las han realizado, sino también como actos de otro sujeto ideal distinto de ellos, es posible sólo merced a una imputación *especial. Esto es muy corriente en el campo jurídico. Lo que se llama voluntad del Estado no es más que un caso singular de la* ley general de imputación normativa. *Una serie de actos realizados por determinados individuos (órganos) no son atribuídos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es, al Estado. El Estado o (lo que es lo mismo) su voluntad, consiste en un punto central y común de imputación. La pregunta sobre cuáles*

son los individuos que tienen el carácter de órganos del Estado, y cuáles son los actos de los mismos que deben imputarse a éste, se contesta sencillamente diciendo que la ley jurídica *lo determina. Ahora bien; de ello se deduce que el concepto de voluntad del Estado tiene idéntica esencia que la noción de voluntad jurídica de las demás personas, a saber:* término ideal de una imputación jurídica.

La personalidad del Estado es, pues, jurídica, o *sea* creada por el Derecho, *como la de todos los demás sujetos, y no algo natural. No siendo jurídicamente la voluntad psíquica la base de la personalidad, sino los enlaces imputativos que contiene la norma, habrá que reconocer que ninguna diferencia esencial hay, en cuanto a su concepto jurídico, entre las personas colectivas y las físicas.*

18. Qué puede ser contenido de la voluntad del Estado

Resuelto ya en qué consiste jurídicamente la voluntad del Estado, hay que estudiar ahora qué es lo que puede ser contenido de la voluntad del Estado.

¿Qué es, pues, lo que el Estado quiere o puede querer, empleando estos términos en el sentido de la construcción normativa? Pues sólo aquello que se le puede imputar en méritos de la norma jurídica. Esto que parece en verdad tan obvio, ha sido desconocido por todas las teorías en boga.

La concepción dominante afirma que el Estado quiere *que sus súbditos se comporten de determinada manera, que observen las leyes, que no maten ni roben, que cumplan los contratos, etc. Ahora bien, esto, afirma Kelsen, es sencillamente absurdo. Porque lo que el Estado quiere es sólo aquello que se le imputa por virtud de la norma jurídica: y la conducta legal de los súbditos cuando no*

son órganos del Estado, no se imputa a éste, sino a ellos mismos. Pero hay todavía otros argumentos: psicológicamente, si se parte de la hipótesis determinista, mi voluntad puede, desde luego, tener por objeto un acto de otra persona, el cual me propongo producir por vía de motivación. Pero el concepto jurídico de voluntad (o sea la construcción normativa que recibe este nombre) se apoya en el postulado del libre albedrío; de lo contrario, sería imposible el enlace de la imputación normativa. Jurídicamente carece, pues, de sentido que un sujeto (aquí el Estado) quiera una conducta determinada de otro. ¿Cómo va a quererla, si no está en su mano el producirla indefectiblemente?

Tampoco tiene sentido entender sensu latissimo *la voluntad del Estado, como mero* deseo *del mismo, porque el Estado no es una persona psicológica con conciencia, sino una mera persona jurídica, un centro de* imputación. *La persona del Estado no tiene más que voluntad; pero esta voluntad no es un hecho psíquico consciente, sino un* punto ideal de imputación, *a saber,* la unidad del orden jurídico.

Todo precepto jurídico debe llevar en sí implícita o explícitamente la imposición de una sanción a su incumplimiento. Esta sanción — que consiste, o bien en una pena, o bien en la ejecución forzada de la conducta que establece la norma o de otra sustitutiva, valiéndose de los medios para ello indispensables, — es evidentemente una actividad, una acto del Estado. Lo que *el Estado quiere, lo que constituye el contenido de su voluntad, es esta conducta propia (ejecución o castigo), y no en manera alguna el comportamiento correcto de los súbditos. Éste, en el precepto jurídico, aparece, no como un contenido positivo de voluntad del Estado, sino como una condición negativa de la misma. Al tratar más adelante del deber jurídico,*

se verá que el juicio que declara su existencia se funda, necesaria y exclusivamente, en que el Estado, según expresa el orden jurídico, impone una sanción (castigo o ejecución) a la conducta contraria al contenido de este deber, la cual es la condición prevista para imponer una sanción (castigo o ejecución).

19. La sanción, elemento esencial del precepto jurídico

Que la sanción es radicalmente esencial a toda norma jurídica, se comprende pensando en que el Derecho es un orden normativo heterónomo.

Una norma extraña a la voluntad de un sujeto (y dirigida a la misma), que consistiera en un mero imperativo desprovisto de todo aditamento ("haz esto"), no sería por sí sola capaz de motivar la conducta que estatuye: no tendría, pues, posibilidad de lograr su fin. Precisa que contenga un elemento (la sanción), apto para provocar en el sujeto un interés coincidente con el contenido de la norma. En el terreno de la Moral, el nudo imperativo es válido porque no representa algo extraño a la voluntad del sujeto; a lo más, contradice algunas direcciones de la misma, pero (sea cual fuere su origen) está reconocido por la conciencia moral individual como obligatorio. El Derecho, en cambio, considerado sólo en cuanto tal, no supone ineludiblemente (por definición) este arraigo en la conciencia del sujeto. Claro está que la mayoría de las veces, los preceptos jurídicos coinciden con los morales, y aun más, que desde el punto de vista éticopolítico, debe exigirse esta armonía; y que de hecho los hombres cumplen habitualmente el Derecho porque concuerda con sus convicciones éticas. Ahora bien; el que obedece al Derecho por razones morales, en realidad obedece a la Moral y no propiamente a aquél, aunque de hecho lo

cumpla. Si hemos de concebir el Derecho en sí mismo, en lo que tiene de estructura lógico-normativa especial, si hemos de salvar su independencia formal, es preciso hacer abstracción de estas coincidencias eventuales o de estos ideales deseables, considerándolo como un orden esencialmente heterónomo. Ahora bien; un orden heterónomo sin sanciones no tiene sentido, pues carecería del medio específico de lograr su cumplimiento. Cierto que el que éste se realice o no de hecho es indiferente a la validez[1] de la norma; pero no lo sería ya el que por su íntima esencia careciera del sentido específico que le concede la posibilidad de lograr su cumplimiento habitual.

20. Las categorías de "medio" y "fin" y el Estado

Kelsen prevé la objeción siguiente contra su teoría sobre el contenido de la voluntad del Estado: — "Pero el fin de ésta no puede ser la sanción sino la conducta legal de los súbditos." — A esto contesta Kelsen, que el Estado, como no es un yo psíquico capaz de querer, no puede él proponerse fines, no puede, pues, ser sujeto de un fin, lo cual, sin embargo, no implica en modo alguno que el Estado y el Derecho carezcan de fin. Ciertamente que lo tienen, y bien determinado, a saber, crear y conservar una situación de orden, paz y justicia; pero Estado y Derecho, con relación a este fin, no se dan como sujeto, sino como objeto, es decir, como medio para lograrlo. Estado y Derecho son el medio con el cual se persigue el susodicho fin; los sujetos que se le proponen y van tras de tal fin, son los individuos en cuanto a seres sociales. El hecho de que el Estado o Derecho aparezca a los juristas como medio, es una expresión del carácter formal de la Jurisprudencia. El concepto de medio pertenece a la categoría formal, en oposición al de fin, que como mo-

mento o ingrediente material, es atribuído al contenido. Para la consideración formal del Derecho, es indiferente lo que la sociedad se propone lograr con el mismo, porque esto cae fuera del campo jurídico. En cambio, el cómo *se lo propone es lo que expresa la esencia del Derecho. Al* cómo *se lo propone la sociedad, corresponde lo que el Estado* quiere, *o sea castigo y ejecución.*

Lo jurídico radica en el cómo *la sociedad se propone el logro de determinados fines. Lo jurídico — y por ende la voluntad del Estado — es el* medio *de que se valen los hombres para conseguir ciertos fines.*

21. Estructura lógica del precepto jurídico

La estructura lógica del precepto jurídico es, pues, la siguiente: "Bajo determinadas circunstancias (una determinada conducta de los hombres), el Estado quiere ejercer determinadas acciones coactivas (ejecución y castigo)." *O en otra fórmula similar:* "Bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u omita algo determinado, otro hombre, esto es — el órgano del Estado, — debe ejecutar contra el primero un acto de coacción."

Este es el sentido en el cual se atribuye al orden jurídico el carácter de coactivo. *El fundamento del mismo no es sino la* validez objetiva *de las normas; y posee esta nota porque estatuye un acto de coacción.*

22. La fuente del Derecho

Es obvio que, sentado lo que antecede, hay que rechazar todas aquellas teorías que hablan de dos fuentes del Derecho: la voluntad del Estado (ley) y la voluntad

del pueblo (costumbre). Una formulación dualista del Derecho objetivo no puede ser teóricamente satisfactoria, porque peca contra el ineludible postulado de unidad de la construcción. Todo Derecho (legislado o consuetudinario) deriva formalmente de la voluntad del Estado. La contraposición entre costumbre y ley tiene su origen en una investigación histórico-sociológica, acerca de cómo y de dónde salen los contenidos de los preceptos jurídicos. Ahora bien; el problema de la génesis del contenido no es una cuestión jurídica. Todo Derecho para ser tal — aun el nacido por vía consuetudinaria — debe forzosamente ser considerado como voluntad del Estado, pues tiene que ser aplicado por él o, mejor dicho, por sus órganos. Ahora bien, por definición, los órganos dejan de ser tales, en cuanto aplican una voluntad distinta de la del Estado. La estructura lógico-jurídica del precepto válido nacido por vía consuetudinaria, es idéntica a la del legal. Desde este punto de vista es totalmente indiferente su origen.

23. El deber jurídico

Para perfilar más la doctrina sobre la estructura lógica y el sentido de la proposición o precepto jurídico, es necesario considerar el deber peculiar que crea.

Kelsen hace notar que todas las consideraciones que otros autores han hecho en torno al deber jurídico, muestran claramente que construyen su concepto con los mismos ingredientes del deber moral: explican el deber jurídico como producido por la convicción íntima de un ligamen, como la obligación moral de someterse a la autoridad del Estado, o a preceptos de carácter absoluto (Derecho natural). Pero esto que nos presentan como deber jurídico, no es más que un deber moral, que tiene por conte-

nido una norma jurídica: formalmente en nada se diferencia de cualquiera otra obligación ética. Presentan el deber jurídico como la conciencia de estar ligado moralmente al Estado.

El concepto del deber es correlativo al de norma. Ahora bien, si se ha logrado un concepto de norma jurídica *como algo formalmente independiente de la norma moral, resulta un contrasentido apelar a la Ética para establecer la noción del deber jurídico y reducir éste a una mera obligación moral. Esto significa renunciar a la posibilidad de una Ciencia jurídica. Si existen normas jurídicas habrá necesariamente deberes jurídicos: y éstos, en cuanto tales, en cuanto a su carácter formal — el contenido no interesa lo más mínimo a la Teoría pura del Derecho, — habrán de fundarse, exclusiva y totalmente, en conceptos derivados de la noción de norma jurídica, y en nada más.*

Antes de pasar adelante en la exposición, urge recordar que toda la teoría de Kelsen se mueve exclusivamente dentro del campo inmanente del Derecho, sin traspasar sus límites. La teoría pura del Derecho, lo mismo que las disciplinas particulares del mismo, no se preguntan ni por el origen metajurídico (filosófico e histórico), ni por el fin trascendente de las normas jurídicas, sino que parten de un supuesto, a saber: la validez objetiva del orden jurídico. *El fundamento de la misma ya no puede encontrarse en el propio Derecho, sino fuera de él; es algo metajurídico, de lo cual no puede ni debe ocuparse la Teoría pura del Derecho, sino la Filosofía ética, en su más amplio sentido. Por esto, cuando la Teoría del Derecho plantea la pregunta de cuál sea el fundamento y la esencia del deber jurídico, tiene forzosamente que buscar la solución dentro del concepto de norma jurídica, prescindiendo por una parte, de si los contenidos de las leyes coinciden con*

preceptos de otros órdenes normativos (Moral, Religión, convencionalismos y usos sociales, etc.), y por otra parte, de cuál sea la razón filosófica absoluta por la cual debe *éticamente obligar el Derecho. La Teoría pura del Derecho se funda en una hipótesis:* la validez del orden jurídico. *Por qué razón deba ser válido el orden jurídico, es algo que excede de la misión y de las posibilidades metodológicas de la Teoría pura del Derecho o Filosofía de la Ciencia jurídica.*

Aparte de estas cuestiones metajurídicas, de las cuales no puede ni debe ocuparse la Teoría pura del Derecho, es evidente, que puesto que existe un concepto independiente de norma jurídica, *ha de haber también un concepto independiente de* deber jurídico, *el cual no tenga que ver ni con la razón última metajurídica (y metafísica), por la cual el Derecho sea moralmente obligatorio, ni con que el contenido de los deberes jurídicos coincida o deje de coincidir con los éticos.*

Que debe haber un concepto y fundamentación específica e independiente del deber jurídico, lo prueba, además de la argumentación antes expuesta, el hecho corriente de que hay muchos deberes jurídicos cuyo contenido no está consignado en ninguna norma moral, religiosa o social, ni en postulados de cultura; y, sin embargo, a ningún jurista, pensando exclusivamente como tal (es decir, fundándose en el supuesto de la validez del Derecho), se le ocurriría negar tales deberes. Recuérdese, además, que es postulado universalmente admitido, que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, es decir, que el deber jurídico es independiente del conocimiento que tenga del mismo el sujeto obligado. En cambio, un deber moral no conocido por el sujeto, es algo imposible, algo que carece de sentido.

Un grupo de autores, entre los que sobresalen Kirch-

mann (1) y Hold von Ferneck (2), admiten deberes jurídicos que emanan específicamente del Derecho. Se fundan, según dichos autores, en la acción motivadora que ejerce la amenaza de la sanción sobre la conciencia de los sujetos. Tal teoría, que abandona el campo normativo para entrar en el de la Psicología, resulta inadmisible, porque conduce ineludiblemente a negar la existencia de deberes jurídicos cuando falte tal acto psíquico de motivación. Podemos distinguir, entre los sujetos que cumplen el deber y los que lo violan. En los segundos, mal puede hablarse de una fuerza motivadora del ordenamiento jurídico, de una coacción psíquica ejercida por él. Pero también en estos casos — precisamente en estos casos más que nunca, — se ve forzado el jurista a admitir la existencia de deberes jurídicos. Ahora bien; cuando los sujetos cumplen lo establecido por el Derecho, no obedece esto siempre a la fuerza motivadora de la sanción. Muchas personas no cometen delitos o actos ilegales, bien porque no tuvieron ganas de ello, bien porque aun habiéndose sentido inclinados a realizarlos, fueron apartados de tal conducta por motivos religiosos, morales o por el miedo a perder el aprecio social, sin pensar de modo decisivo en las sanciones jurídicas. La razón de todos los absurdos a que conduce esta teoría, radica en que identifica el deber (que es un concepto normativo) con el hecho real de la conducta que lo cumple. No investiga el concepto del deber, sino su influjo psicológico sobre la mayoría de los hombres.

Tampoco es admisible la teoría del reconocimiento o adhesión (Anerkennung) *elaborada por Bierling, con-*

(1) KIRCHMANN, *Grundbegriffe des Rechtes und der Moral* (Conceptos fundamentales del Derecho y de la Moral), 1869.

(2) HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit* (La antijuridicidad), 1903, págs. 12 y ss.

cepción que es la dominante en la Jurisprudencia actual. Según ésta, el deber jurídico se funda en un reconocimiento o acto de aceptación tácita y general de las normas por la sociedad. Tal doctrina es rechazable: 1.° Porque intenta responder, no a la cuestión jurídico-formal acerca de la esencia y fundamento del deber jurídico, sino al problema metajurídico (de índole moral) sobre la ratio última *de la obligatoriedad ética del Derecho; y 2.° Porque hace depender la existencia del deber jurídico de una circunstancia psíquica, empírica, de índole contingente. Lo dicho contra las teorías de Kirchmann y Hold von Ferneck, es aplicable también a la del* reconocimiento. *Kelsen examina desde otros puntos de vista esta doctrina, realizando una amplia crítica de la misma (1).*

Para hacer resaltar todo el sentido de la solución kelseniana, he considerado indispensable resumir (harto brevemente) los argumentos críticos que el fundador de la escuela vienesa dirige contra las demás concepciones. Véase ahora, pues, la teoría de Kelsen sobre este problema. Se puede hablar de un deber jurídico concreto, anejo al precepto objetivo, porque éste es capaz de subjetivación, es decir, de ser aplicado a un individuo determinado. El precepto objetivo válido para todos se transforma en deber jurídico subjetivo, *porque y en tanto que puede ser aplicado a un individuo, es decir, en tanto ordena que se inflija una sanción (pena o ejecución) al individuo que realice las condiciones que figuran en la ley para que el Estado ejerza dichos actos coactivos. El deber jurídico es, pues, la norma colocada en relación con un hombre determinado, en tanto que le obliga a aquel comportamiento, cuya oposición contradictoria constituye la condición del acto coactivo (pena o ejecución) establecido en la norma. Desde un punto de vista trascendente (teleológi-*

(1) Véase KELSEN, *Hauptprobleme...*, págs. 346 a 378.

co), puede decirse que, el contenido del deber jurídico, contiene aquella conducta que la sociedad se propone lograr mediante el precepto jurídico.

24. La norma jurídica secundaria

Este deber jurídico, revestido con la fórmula de una norma — cuya validez descansa en el supuesto de que debe ser *evitada la coacción establecida bajo determinadas circunstancias por el Derecho, — constituye lo que Kelsen denomina* norma jurídica secundaria. *La* primaria *es la que ordena un acto de coacción estatal y contiene como condición para que se realice éste, precisamente la conducta que contradice a la norma secundaria. Para lograr una mejor comprensión de estas ideas, podemos representarnos la proposición jurídica completa o total, que abraza conjuntamente la norma primaria y la secundaria, como una especie de norma doble.* Bajo determinadas condiciones, un hombre determinado, debe conducirse de un modo determinado *(norma secundadia)*; ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre — el órgano del Estado — debe practicar contra él, de una manera determinada, un acto coactivo (castigo o ejecución) — *(norma primaria). — La norma secundaria, que es la que se encuentra en primer lugar, desde un punto de vista estricto, rigoroso, resulta superflua. Su formulación sólo sirve para comprender mejor la esencia del* deber jurídico.

25. La enunciación verbal del precepto jurídico

La enunciación verbal del precepto jurídico, para traducir estrictamente la forma lógica de éste, tendría que ser sólo la afirmación de que el Estado liga a determinados hechos, actos propios coactivos (de ejecución o pena). *Los*

Códigos penales así lo expresan. Si no lo hacen aparentemente de tal modo las leyes civiles, es porque en su tenor está propuesta y subsumida la ejecución, como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico; ya que dicha ejecución es común en su forma *a todas las violaciones de las leyes civiles, mientras que la pena varía en los diversos casos.*

Adviértase, además, que no todo artículo de una ley constituye un precepto jurídico; los hay que son únicamente partes de éste: determinan alguno de sus elementos. Así, por ejemplo, el artículo que fija la mayor edad, por sí sólo no establece deber alguno, ni constituye un precepto jurídico: es una condición común y parte integrante de una copiosa serie de preceptos jurídicos.

26. Los preceptos administrativos

La forma lógica del precepto jurídico es aplicable a todos los modos posibles del Derecho. A primera vista, podría parecer que expresa sólo la esencia de los preceptos referentes a los súbditos, pero no la de las disposiciones que ordenan a los órganos del Estado una actividad administrativa. Pero todo reparo se desvanecerá, al pensar que los actos de dichos órganos se encuentran sometidos también a una sanción especial, al castigo disciplinario. La ley que determina la construcción de un ferrocarril posee la siguiente estructura lógica: El Estado castigará disciplinariamente a cierto funcionario, si no realiza determinados actos, para la construcción de un ferrocarril.

27. El carácter de "aplicación" esencial a la norma jurídica

Después de todo lo dicho, puede acabarse de perfilar la distinción entre Moral y Derecho. Además de las notas anteriormente expuestas, y como consecuencia de las mismas, se diferencian en que las normas de la Moral sólo pueden ser consideradas en esta vida desde el punto de vista de su cumplimiento o incumplimiento; *las del Derecho, en cambio, pueden ser consideradas* además *desde el punto de vista de su* aplicación *(declaración de la ilegalidad e imposición de una pena o ejecución determinada y concreta).*

28. El destinatario de la norma jurídica

Rechazada la teoría que define la norma jurídica como imperativo, cae por su base el problema-fantasma (que tanto ha preocupado a la Ciencia del Derecho), de "a quién se dirige la ley". Un imperativo necesita, claro está, una persona que lo reciba y acepte. Se ha discutido, hasta la saciedad — y bien inútilmente por cierto, — si los mandatos de la norma se dirigen a los súbditos o a los órganos del Estado. Ahora bien, después de haber visto que la teoría imperativa es errónea, este problema desaparece por completo; pues el juicio hipotético que contiene la voluntad del Estado sobre su propia conducta, ligada a ciertas condiciones, no requiere especial destinatario, porque no necesita ser conocido ni aceptado. En esto la ley jurídica se parece — (exteriormente) — a la ley natural: en que no va dirigida a nadie y en que es válida sin consideración a si es conocida o aceptada.

Claro es que, aparte de este punto de vista puramente

formal, la justicia exige que se difunda el conocimiento de la norma entre los afectados por ella.

29. El derecho subjetivo

Así como el deber jurídico se funda en la estructura lógica del precepto, así también la llamada pretensión o derecho subjetivo. *Kelsen critica cuantas teorías se han elaborado sobre el mismo; rechaza que constituya una entidad distinta de la proposición jurídica, y lo considera como un mero aspecto de* la *subjetivación de ésta (1).*

La mayor parte de teorías, aun las más opuestas, coinciden en afirmar que el derecho subjetivo consiste en la esfera de acción que a una persona proporciona la existencia de ciertos deberes jurídicos de las demás, y así llegan a la conclusión de que pueden existir derechos subjetivos sobre la propia conducta; porque los demás tienen el deber de no turbarme en las relaciones con mis objetos, deducen, que yo poseo el derecho a hacer con ellos lo que me plazca *y no contradiga las leyes; porque pesa sobre todos la obligación de no turbar mi independencia, concluyen que tengo un derecho a la locomoción, otro a la distribución de mis horas de trabajo, otro a la elección de oficio, etcétera; en una palabra, un* derecho de libertad. *Ahora bien; según Kelsen, estos* reflejos materiales del deber jurídico *de un sujeto, que consisten en la libertad y en la protección que del mismo resultan para los demás, no pueden interesar de ningún modo a la Teoría del Derecho, porque*

(1) Sobre este problema que tanto apasiona a la Ciencia jurídica, puede verse mi monografía escrita antes de conocer yo la producción kelseniana: *Il concetto del diritto subiettivo inanzi alla Filosofia giuridica,* en la "Riv. Int. de Fil. del Diritto de Roma", 1926, IV fascículo; la controversia desarrollada en dicha revista sobre mi trabajo, en números ulteriores. Otro trabajo mío posterior, sobre el mismo tema, véase en las adiciones a la *Filosofía del Derecho,* de DEL VECCHIO, tomo I (1929), págs. 243 a 256. De KELSEN, cfr. principalmente *Hauptprobleme...*, págs. 567 a 618.

significan meramente la duplicación superflua del concepto de deber jurídico. Efectivamente, estos llamados derechos subjetivos, son únicamente el reverso material del deber jurídico. Sólo podemos construir correctamente los conceptos jurídicos básicos, emancipándolos por completo de estas representaciones materiales. Recuérdese, una vez más, que no se está elaborando una doctrina ética del Derecho o un Derecho Natural, sino pura y simplemente la teoría inmanente formal de los conceptos jurídicos.

Hablando en rigorosos términos formales, un deber jurídico de otra persona puede sólo dar lugar a un derecho subjetivo *mío, en cuanto que el primero es colocado a mi disposición por el precepto:* o, *mejor dicho, cuando en el precepto jurídico se establece que para que el Estado realice contra el obligado un cierto acto coactivo, precisa una determinada declaración mía:* o *sea, cuando entre los elementos que condicionan el precepto jurídico figuran como condición ciertos actos míos. Verbigracia: Se dice que cuando alguien recibió un préstamo y lo ha devuelto a su tiempo, entonces* si el prestamista presenta una demanda, *el Estado quiere proceder ejecutivamente contra el prestatario. El precepto jurídico que establece el deber de la devolución, puede ser considerado como un derecho subjetivo del prestamista, sólo porque y en tanto que la voluntad estatal de proceder ejecutivamente se presenta como* dependiente de la demanda del acreedor.

Cabe decir que al derecho subjetivo corresponde siempre un deber jurídico; pero no viceversa, pues todo precepto establece indefectiblemente un deber, mas no siempre un derecho, porque no es necesario que la voluntad estatal de castigar o *ejecutar dependa de un acto (demanda, querella, etc.) de otra persona. El deber es una consecuencia necesaria del precepto jurídico; el derecho subjetivo sólo es una forma posible del mismo.*

Puede definirse el derecho subjetivo, como el mismo precepto jurídico en relación con aquella persona, a cuya disposición se confía que se realice o no el acto coactivo sancionador, establecido en el mismo. *Cuando es así, el derecho subjetivo se da desde un principio, y no sólo desde que se puede actualizar por medio de la* actio. *Nótese, empero, que no existe identidad absoluta entre el precepto jurídico y el derecho subjetivo, porque aquél es permanente, y éste, como* relación concreta, *es transitorio. El derecho subjetivo, permanece en situación potencial mientras no se han realizado los demás supuestos establecidos por la norma, para que la declaración de voluntad de su titular pueda ser la condición de que se realice el acto coactivo establecido por el Estado.*

Un precepto jurídico que establece una actividad administrativa del Estado, da lugar a un derecho subjetivo, cuando aquél es colocado a disposición de otro sujeto. Si un precepto jurídico obliga a un órgano del Estado a construir escuelas, no hay derecho subjetivo alguno por parte de los súbditos: se dará sólo, cuando presupuestas ciertas condiciones, se haga depender la construcción de las escuelas de un acto de ciertos súbditos, por ejemplo, de una solicitud de los habitantes del pueblo beneficiado por esta disposición.

Cuando el Estado quiere de un modo absoluto e incondicionado imponer ciertas sanciones, no le hace falta conceder derechos subjetivos, ésto es, hacerlas depender de una intervención de los súbditos.

30. La unidad del orden jurídico

El profesor de la Universidad de Viena Adolfo Merkl (1), discípulo de Kelsen, elaboró una teoría sobre el fundamento de la unidad del orden jurídico, que fué aceptada por su maestro e incorporada a su construcción doctrinal (2).

El Derecho positivo no está integrado exclusivamente por las costumbres, las leyes (constitucionales y ordinarias) y los reglamentos, sino también por un conjunto de normas individualizadas o concretadas para casos determinados y hasta singulares, como son: las disposiciones administrativas de las varias autoridades; las sentencias de los tribunales con relación a las situaciones concretas para que fueron dictadas; las resoluciones administrativas sobre problemas sometidos a su competencia; los negocios jurídicos (cuyo tenor constituye una norma para las relaciones por ellos fundadas), etc., etc.

Ahora bien, todo este conjunto de elementos (constitución, leyes, reglamentos, disposiciones, sentencias, resoluciones, contratos, etc.) no se da como un mero agregado inorgánico y desordenado, en forma de casual yuxtaposición, sino que forma un todo unitario y conexo, *cuyas partes guardan entre sí estrictas relaciones de coordinación y de dependencia. ¿Cuál es, pues, el principio que coliga en forma de sistema todas estas normas jurídicas, de forma y origen dispar? Según la teoría Merkl-Kelsen, el fundamento de la unidad de un orden jurídico consiste en* la posibilidad de referir los preceptos vigentes a un único centro jurídico, a saber: a la norma fundamental o constitución.

(1) *Die Rechtseinheit des österreischischen Staates,* en "Arch. des öff. Rechts", 1917.
(2) KELSEN, *Das Problem der Souveranität...,* 1920.

Si observamos el modo cómo se producen unas normas jurídicas, nos daremos cuenta de que la creación de las mismas está regulada por otras normas jurídicas. Así, por ejemplo, el establecimiento de las leyes ordinarias está regulado por la constitución; el modo y forma de emitirse los reglamentos se halla pautado en ciertas leyes; los fallos judiciales están condicionados por preceptos jurídicos (legales y reglamentarios), tanto de índole sustantiva, como de carácter adjetivo, etc. Así, pues, el principio de conexión interna de un ordenamiento o sistema jurídico es una relación dinámica, esto es, un vínculo de producción o elaboración.

Así, por ejemplo, si preguntamos por el fundamento de validez de una sentencia, lo encontraremos en una ley determinada. Esta ley es válida (es decir, es una norma obligatoria), porque fué establecida de acuerdo con el precepto constitucional, que determina el órgano y competencia de la función legislativa.

Resulta, pues, que la validez de todas las normas de un orden o sistema determinado, viene al fin a desembocar, esto es, a fundamentarse, en última instancia, en la constitución. Ahora bien; ¿y la constitución sobre qué se basa, de dónde recoge su razón de ser y en qué se apoya? Puede acontecer que una constitución vigente se derive de otras leyes constitucionales precedentes, conforme a las cuales fué dictada. Mas al fin se llegará a una constitución que ya no fué establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la primera constitución *— por decirlo así — en sentido* jurídico-positivo. *Ahora bien, el que tenga validez, el que sea Derecho positivo esta primera constitución, es algo que ya no puede fundarse sobre razonamientos jurídicos, mientras permanezcamos dentro de la esfera del sistema u orden jurídico de un Estado al que consideremos como plenamente soberano. La vali-*

dez o fundamento de esta primera constitución, *nacida de un modo originario — por ejemplo, establecimiento de una nueva comunidad en territorio antes inhabitado, o a través de una revolución o golpe de Estado triunfante, — es algo que no puede ser establecido o basado en razones jurídicas positivas: puede sólo ser* supuesto. *La fórmula de este* supuesto o hipótesis, *que fundamenta la unidad y la validez de un sistema jurídico, sería:* "Se debe uno portar como ordena el órgano establecedor de la primera constitución", *o bien:* "aquello que ordene el órgano establecedor de la primera constitución será la base positiva del Derecho".

Un orden jurídico es soberano, cuando es total y único, es decir, cuando su norma fundamental es radicalmente primera, o lo que es lo mismo, cuando su norma fundamental no pertenece a otro sistema de normas positivas, ni deriva de él su validez.

31. El concepto jurídico de persona

En lo que llevo expuesto de la teoría de Kelsen, apareció ya eventualmente la idea de que el concepto jurídico de persona, *es algo por completo desligado del substrato real que se pueda atribuir a la misma.*

El sujeto del Derecho no es jamás, en sentido formal, el hombre como realidad psicofísica, sino una construcción jurídico-normativa. No es el ser humano íntegro el que funciona en el Derecho como sujeto del mismo, como centro de imputación de una serie de contenidos normativos, sino un elemento ideal, a saber, una cualidad especial que consiste en que muchos de sus actos figuren como elementos de las proposiciones jurídicas. Si en el campo del Derecho entero, se separa la serie de todas las normas que regulan la conducta de un hombre, y se las

concibe como formando un orden parcial, y las personificamos representándolas en una unidad, hemos construído el concepto jurídico de persona individual. *Si se trata de un orden parcial (delimitado, conforme a un cierto punto de vista), que regula la conducta recíproca de una serie de hombres (pocos o muchos), tenemos entonces la llamada* persona jurídica o colectiva.

Sujeto de Derecho no es, pues, una substancia distinta del orden jurídico, sino éste mismo, mirado y limitado desde un cierto punto de vista, y concebido metafóricamente bajo la imagen de persona.

Pero no sólo son diversas partes del orden jurídico las que pueden ser miradas bajo esta relación personificadora, sino también el Derecho como un todo. La unidad del orden jurídico total, concebida como un centro común de imputación de todas las acciones llamadas estatales, es lo que constituye la llamada persona del Estado. *Esta o, lo que es lo mismo, el Estado como persona, consiste ni más ni menos en* el Derecho considerado como una totalidad.

32. Identidad entre Estado y Derecho. — Crítica de las doctrinas sociológicas del Estado y de las teorías sobre la doble faz del mismo

Con la anterior afirmación, de que la persona del Estado no es otra cosa que el Derecho como totalidad unitaria, *llegamos a una de las tesis básicas de Kelsen: ella es quizá la que su autor considera más importante, y es, desde luego, la que ha logrado una mayor resonancia — ciertamente más de crítica que de adhesión.*

Desde luego, el problema acerca de la esencia del Estado es inseparable de la cuestión sobre sus relaciones con el Derecho. El panorama doctrinal, antes de que Kelsen

lanzara su tesis de la identidad entre Estado y Derecho, ofrecía una convicción casi general de que eran cosas diversas (entre las cuales mediaban ciertas relaciones), considerando al primero, como una realidad con elementos psíquicos y físicos, y al segundo, como un complejo de normas. Entre las doctrinas sobre el Estado podía distinguirse unas puramente sociológicas, *y otras que sostenían que el Estado posee* dos caras o *facetas: una sociológica y otra jurídica, y que sólo la consideración de ambas puede ofrecernos la esencia íntegra del mismo.*

Entre las doctrinas sociológicas *del Estado alcanzaron gran relieve las siguientes:*

A) Doctrina de la interacción o influencia psíquica recíproca. —*La realidad del Estado consiste en un complejo de influencias psíquicas recíprocas de superior grado intensivo a las demás (Simmel). Contra ella, alega Kelsen que esta superior intensidad de las relaciones sociales que forman el Estado, no es real, sino imaginaria, pues hay relaciones espirituales no estatales, muchísimo más intensas que éstas (amor, amistad, etc.); pero, además, dice Kelsen, esta teoría, cuando quiere determinar el principio de unidad del Estado, acude subrepticiamente a la idea de un orden normativo (a saber, del orden jurídico).*

B) Teoría del alma colectiva, *ya entendida como espíritu real,* o *bien fundada en la coincidencia entre el pensar, sentir y querer de los individuos que forman la colectividad estatal. Contra estas teorías objeta Kelsen lo siguiente: Si por alma estatal se quiere entender un espíritu real, ello no es más que una gratuita afirmación romántica, que carece de todo fundamento y que no resiste a la crítica más elemental. Si por alma colectiva se quiere entender una coincidencia en el pensar, sentir y querer de los individuos, hay que notar que cabalmente en lo polí-*

tico no existe esa coincidencia; acaso en otras esferas y en grupos sociales más reducidos se dé tal unidad de estilo, haya tales contenidos psíquicos concordes, pero no en el Estado, en el cual aparecen grupos opuestos, como son los distintos partidos, las diversas clases sociales, etc. Si se replica a esto que de lo que se trata es de la voluntad de la mayoría, entonces resultará que las minorías quedan excluídas del alma del Estado. El error de estas teorías estriba en que, partiendo de la observación de que los individuos en masa se comportan a veces de modo distinto que aislados, se deduce incongruentemente la existencia de un soporte super-individual de esta conducta homogénea de varios sujetos, esto es, un alma colectiva. Y así, una mera cualidad especial de la conducta de los individuos, es transformada mágicamente en una substancia, en una cosa independiente.

C) Teoría de la fuerza. — *Según esta teoría, el Estado consiste en un conjunto de relaciones de fuerza, en las cuales los que disponen de mayor poder someten a los demás: el Estado se reduciría, pues, a relaciones de motivación psíquica — pues esta es la esencia de todo poder social. — Frente a esta tesis, observa Kelsen, que las muchas relaciones de fuerza — en que habría de consistir el Estado — no pueden seleccionarse y sintetizarse unitariamente en un concepto, si no buscamos un criterio extraño a la fuerza. Pero, además, ésta implica sólo una relación causal, que no nos da el sentido de lo estatal (que es lo normativo), ya que sería incongruente decir que la llama domina al cuerpo que calienta, o que el viento impera sobre el árbol que doblega. Los más caracterizados representantes de esta tesis — aunque con diverso sentido — son el tratadista suizo de la Contrarrevolución y Restauración, Luis de Haller, y el famoso sociólogo y jurista francés de nuestros días — fallecido en 1928 — León Duguit. Pero este*

último, en cuanto atiende a la idea de solidaridad o interdependencia, acude ya a un criterio normativo para definir el Estado.

D) Teoría orgánica plena. — *No sólo sostiene la existencia de algo así como una psique colectiva, sino también de un corpóreo sustrato de la misma. De este pensamiento fundamental se han producido versiones muy varias. Una de las más exageradas, en donde se describe el Estado como un verdadero organismo con aparato respiratorio, digestivo, circulatorio, nervioso, eliminatorio, etcétera, es la teoría de Bluntschli. Asimismo, la doctrina del biólogo Oscar Hertwig. Y recientemente ha salido de nuevo en defensa de esta tesis el profesor sueco Kjellen. Asimismo han destacado en otras versiones de esta posición organicista Schäffle y Gumplovicz, entre otros varios; y Spencer, el cual, sin embargo, introduce en este pensamiento una idea normativa, en cuanto que la unidad de la evolución orgánica se verifica con la tendencia a un progreso.*

Aparte y además de las críticas que generalmente se han dirigido contra esas concepciones organicistas — haciendo observar que en el pretendido organismo social las células andan libres y que el vínculo que las conecta es de carácter psíquico (con representaciones de reglas normativas), — Kelsen pretende mostrar cómo en el fondo de tales teorías late las más de las veces un propósito político, es decir, un complejo de directrices políticas normativas son transformadas en supuestas leyes naturales, con lo cual se cree haberlas dado una consagración decisiva.

Asimismo rechaza Kelsen aquellas otras teorías orgánicas, más moderadas, como la de Gierke, que considera el Estado — lo mismo que las demás personas colectivas — como un organismo moral, como una realidad autónoma, aunque no sensible; porque esas doctrinas incurren en múltiples contradicciones; y porque explícitamen-

te toman en consideración al Derecho como principio estructurante y unificador de la comunidad, con lo cual se evidencia que necesitan, quieran o no, referir la esencia del Estado al orden jurídico.

Pero aparte de esas doctrinas, que pretenden obtener el concepto del Estado mediante un estudio exclusivamente sociológico, en cambio el mayor número de teorías reconocen en el Estado una doble faz, dos vertientes: una real, fenoménica, que exige una consideración sociológica, y otra ideal, normativa, que ha de ser objeto de la Ciencia jurídica. Esta tesis ha informado, más o menos explícitamente, la obra de gran número de autores (Gerber, Jellinek, etc.). De un modo agudo la ha sostenido, especialmente en los últimos tiempos, el gran filósofo y sociólogo Max Weber (1), el cual reconoce que el Estado es para los juristas un ente normativo, un orden o sistema de Derecho; pero, en cambio, para una Sociología que se proponga el estudio de la realidad de la vida colectiva, el Estado es un complejo de procesos conexos de conducta humana, capaz de ser interpretado como tal, y explicado causalmente y por motivaciones psíquicas. Frente a esta duplicidad de consideración objeta Kelsen que este pretendido estudio sociológico del Estado necesita, para constituirse, de un criterio que le permita distinguir cuáles son los actos humanos que forman la urdimbre real del Estado, esto es, de un principio que dote de unidad al complejo de actos que integran el Estado. Ahora bien; este principio — según Kelsen — no puede ser más que el sistema del orden jurídico vigente. Además, Kelsen subraya cómo Weber confiesa que aquello a lo cual la Sociología llama Estado, es algo distinto de lo comprendido en el estricto concepto jurídico; pero, entonces, ¿por qué denominar con igual palabra dos objetos distintos? Esto constituye

(1) Cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, 3.ª sección.

un abuso terminológico, de fatales consecuencias para la claridad y delimitación de temas científicos. Lo que hace la Sociología en este sentido — dice Kelsen — es interpretar hechos sociales a través y valiéndose del orden jurídico, y llamarlos después, indebidamente y sin justificación, Estado.

Colocándose en actitud polémica frente a las doctrinas sociológicas del Estado, y frente a las teorías que sostienen que éste posee dos facetas (sociológica y jurídica) que reclaman un doble estudio, Kelsen ha lanzado la afirmación de la identidad entre Estado y sistema de Derecho positivo. He de advertir que este pensamiento de Kelsen tenía ya algún precedente germinal: estaba ya latente, en forma más o menos explícita en otros filósofos del Derecho de dirección neokantiana. Cohen — una de las más destacadas figuras de la escuela neokantiana de Marburgo — sostuvo ya que la Teoría del Estado es necesariamente una teoría jurídica: y que el método para el estudio del mismo es el de la Ciencia del Derecho (1). Y Stammler había identificado también la esencia de la vida social con la regulación normativa de la conducta, pues — según él — una coincidencia de pensamientos y voluntades entre varios sujetos, es una relación que no trasciende de la mera suma de individuos y no constituye un objeto propio y especial de investigación; para que la vida social se presente como una relación independiente y objetiva, ha de ser pensada, forzosamente, bajo la condición de una regulación normativa de la conducta enlazada o social de los varios sujetos. Sin tal idea, el concepto de relaciones sociales carece de sentido, pues el intercambio recíproco entre los diversos individuos, pura y simplemente, sin más, constituye un mero fenómeno natural, aprehensible por

(1) Cfr. HERMANN COHEN, *Etnik des reinen Willens*, 3.ª edición, 1921, pág. 64.

ende desde el punto de vista de la causalidad, esto es, por la ciencia de hechos, y no puede convertirse en objeto propio de una ciencia social. No cabe concebir relaciones sociales más que bajo la condición de una regulación de la conducta recíproca (1).

Pero es Kelsen quien ha formulado en términos absolutos la identificación entre Estado y Derecho, llevando esta tesis hasta sus últimos extremos y sacando de ella todas sus consecuencias.

Kelsen afirma taxativamente: la palabra Estado es una expresión personificadora del orden jurídico total; la persona del Estado *es sólo una expresión hipostática para designar el sistema del orden jurídico. Estado y Derecho son, pues, dos expresiones que denotan un mismo objeto. El Estado es una entidad normativa, un producto de la construcción jurídica. Es el punto terminal de la imputación normativa, es decir, es aquel punto de la construcción jurídica, al cual la Ciencia del Derecho refiere todos los preceptos. En suma, el Estado es la expresión conceptual de la unidad del orden jurídico. Frente a los que pretenden que el Estado, además de ser en cierto modo el orden jurídico, es también, desde otro punto de vista, una realidad, les objeta Kelsen que todos aquellos elementos reales, todos aquellos fenómenos en los que se quiere vincular la existencia del Estado como un ser, sólo tienen carácter o significación estatal en la medida en que los concebimos como elementos a que se refiere el contenido de las normas jurídicas. Y cuando se habla de un poder efectivo del Estado como ser real, lo que se menciona en definitiva es la fuerza motivadora de las representaciones psíquicas de las normas jurídicas.*

Siendo Estado y Derecho un mismo objeto, no tiene

(1) STAMMLER, *Die Lehre vom richtigem Recht,* 1902, págs. 232 y 233.

sentido preguntarse acerca de cómo se relacionan uno con otro. No son cosas distintas unidas de cierto modo, como afirman varios autores, que sostienen que el Estado es el soporte, *el* creador *y el* protector *del Derecho, y consideran, que el problema acerca de la relación entre ambos, es el más difícil de toda la teoría jurídica y política. Naturalmente que este problema resulta difícil, porque se pregunta por la relación entre dos supuestos objetos que, en verdad,* son uno solo, *y, por consiguiente, es un problema fantasma, que nace de una superflua duplicación del mismo objeto de conocimiento. Ahora bien; los problemas aparentes no pueden solucionarse satisfactoriamente, sino sólo* disolverse *en cuanto tales. La tesis que diferencia al Derecho del Estado, concibiendo al segundo como una realidad protectora del primero, sólo sería comprensible en cuanto designare como* Derecho *a la primera parte del precepto jurídico, o sea a la norma secundaria ("tal sujeto debe comportarse de cierto modo"), y* Estado *a la segunda parte o norma primaria ("... y si no el Estado ejercerá un acto coactivo"). Ahora bien; esto es inadmisible, porque la estructura lógica del precepto jurídico es unitaria y no puede ser descompuesta o disgregada, puesto que no cabe una norma jurídica sin sanción. Concebir el Estado, aparte del Derecho y como "creador o soporte del mismo", es convertir arbitrariamente una relación lógica en genética. A los que pretenden que la relación entre Estado y Derecho consiste en que el primero crea al segundo y es su portador, se les puede replicar, que, como el Estado está por definición sometido al Derecho, no puede pensarse sin el mismo. Todos estos errores se derivan de una falsa interpretación de la idea de que el Derecho (positivo), no pueda subsistir sin el Estado. Esta relación de mera prioridad* lógica, *es transformada indebidamente en* genética.

Según Kelsen, tampoco puede admitirse la opinión de que el Estado sea susceptible de ser conocido de dos maneras, jurídica y sociológicamente, porque esto contradice el principio elemental de unidad de todo conocimiento científico. Si un método específico de conocimiento produce un objeto determinado, otro método específico distinto del primero no puede producir el mismo objeto de otra manera. Por eso no es legítima la opinión de que el Estado puede ser conocido de dos maneras, jurídica y sociológicamente. Si el correlato del método jurídico es el Estado, el correlato del método sociológico no puede ser ya el Estado, sino algo distinto.

Nótese que esta argumentación de Kelsen es de puro tipo kantiano; el objeto de conocimiento no es algo que se dé más allá del mismo, sino una determinación de éste: el objeto es, pues, un correlato del método de conocimiento. Y el Estado aparece como el producto del conocimiento jurídico.

33. La Teoría del Estado como Teoría jurídica

Sobre los fundamentos de la doctrina pura del Derecho, edifica Kelsen una Teoría del Estado, cuya exposición hallará el lector en el Compendio *que prologo. Todos los problemas de la Teoría general del Estado son planteados y resueltos como cuestiones jurídicas, afirmando que éste es su único y peculiar sentido. La Teoría general del Estado no se ocupa ni de estudios sociológicos (los cuales jamás pueden conducirnos a captar la esencia del mismo), ni de disquisiciones de carácter político (esto es, de la conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia de las instituciones), lo cual pertenece a la Ética y a la Política. Todos los problemas de la Teoría general del Es-*

tado son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico.

El estudio jurídico sobre el Estado, puede versar sobre dos extremos: A) *Sobre los conceptos formales del orden estatal; y* B) *Sobre sus contenidos. Con respecto a esto último, la Teoría* general *del Estado trabaja sólo con los* contenidos posibles, *estableciendo las características de los diversos tipos fundamentales. El estudio concreto de los contenidos determinados y particulares de los diversos órdenes estatales compete, no a la Teoría general, sino a la Dogmática jurídica (esto es, a las disciplinas que tienen por objeto las disposiciones de un orden estatal concreto).*

34. El método trascendental de Kant y la construcción de Kelsen

Dos veces, en el curso de esta exposición, hice notar el parentesco próximo entre las teorías de Kelsen y algunos modos del pensamiento kantiano. Quizá sea oportuno ahora, ofrecer en mayor copia la mención de los momentos más típicos de ese paralelismo.

Nótese la correlación absoluta que se da entre el método de conocimiento normativo (normológico), y su objeto (el Derecho y Estado): éste es un fruto de aquél. Del mismo modo como para Kant, el sujeto crea el objeto, así también el conocimiento normativo es lo que determina al Derecho o Estado. Claro es que para Kelsen, lo mismo que para Kant, no se trata de una creación real, sino sólo de hacer posible *el objeto de conocimiento; es decir, de su determinación o explicación. A la aportación del sujeto sobre el caos de datos sensibles, es a lo que Kant llama producción del objeto. Ahora bien; esta aportación del sujeto consiste en una ordenación merced a puntos de vista formales, a saber, las categorías. El conocimiento, y por tanto el objeto,*

sólo es posible para Kant, reduciendo nuestras sensaciones a unidad. El principio de esta unidad o síntesis trascendental es el yo trascendental, o *la* conciencia absoluta (Bewusstsein überhaupt). *Esta conciencia trascendental no es un fenómeno psíquico, sino una construcción teórica, a saber, la posibilidad de referir todos los datos a un principio unificador que los determina: es el principio que crea la identidad de la conciencia a través de todos sus contenidos empíricos. El principio supremo de la unidad sintética de la apercepción trascendental es el* yo pienso, *entendido, no empíricamente, sino como la unidad ideal de la conciencia, que acompaña al conocimiento científico, universal y necesariamente. El mundo objetivo es sólo posible como correlato de una conciencia trascendental. Ahora bien; no es difícil darse cuenta de que la* norma fundamental *de Kelsen significa para el Derecho (y para la Teoría jurídica), lo mismo que el* yo trascendental *kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la Física. La norma fundamental es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el Derecho.*

El método trascendental consiste en demostrar cómo las condiciones del conocimiento son, al propio tiempo, las condiciones de su objeto, porque éste es creado (determinado) por aquél; esto es, en explicar las condiciones de la posibilidad de la experiencia, que es lo mismo que decir: en explicar la Ciencia física; lo cual, a su vez, equivale a dar la razón de por qué la Matemática (conceptos de mi mente), vale para las cosas reales. La solución es que éstas son el producto de la unificación de lo sensible, merced a esos conceptos ordenadores. El problema planteado por Kelsen y la forma de resolverlo, recuerda ese método trascendental kantiano: se trata de encontrar las

condiciones de la posibilidad del Derecho, las cuales, son a la vez las condiciones de su conocimiento científico; es decir, de la Dogmática jurídica. La forma conceptual de que se sirve este conocimiento jurídico-normativo, es la estructura lógica del precepto, *que constituye una categoría especial de lo normativo y cuya esencia consiste en la* imputación *propia del* deber ser.

La Filosofía trascendental de Kant parte del factum *de la Ciencia física: lo que hace es estudiar las condiciones de su posibilidad o, dicho de otro modo, explicar la razón de su validez. Kelsen parte del* factum jurídico, *de la existencia del Estado como un orden normativo; y su teoría pretende dar las condiciones de la posibilidad del orden jurídico; es decir, explicar, aclarar los fundamentos del mismo, o sea explicar por qué el Derecho es Derecho y cuáles son los principios de su conocimiento, lo cual equivale a investigar en qué consiste el Derecho.*

El método trascendental kantiano se basa en querer explicar la Física, en buscar cuáles sean las condiciones de su posibilidad. Y los conceptos que establece como universales y necesarios, lo son sólo porque permiten explicar, hacer posible la física de Newton. La necesidad de las categorías y de la unidad suprema de la apercepción trascendental, es hipotética. Si la física de Newton ha de ser posible, hemos de admitir estas categorías, con validez a priori: *Pero, ¿por qué ha de ser posible la Física? ¡Ah! esto es algo que Kant lo* presupone, *es un punto de partida hipotético: si se le niega, entonces se derrumba el edificio de la Filosofía trascendental, porque toda ella se funda en este supuesto, en esta hipótesis, a saber, la necesidad de explicar, de posibilitar la Física. Cosa análoga sucede con la construcción kelseniana, que se funda también hipotéticamente: si el Derecho ha de ser posible, explicable, reducible a un aparato conceptual válido, es preciso fun-*

darlo en el método normológico, en cuya base colocamos la norma fundamental. *Este cimiento de toda la doctrina jurídica y al propio tiempo del Derecho, es algo* supuesto, *es* hipotético. *Frente a un anarquista que nos diga: ¿y por qué ha de ser posible y válido el Derecho?, la Teoría jurídica enmudece. Así lo ha reconocido Kelsen en numerosas ocasiones.*

Pero aún cabe llevar más allá la analogía; para Kant, conocimiento propiamente dicho, es decir, conocimiento de cosas, de objetos, no lo hay más que empírico: lo que sucede es que en el conocimiento empírico no todo es empírico; *la experiencia es posible sólo merced a ciertos* supuestos a priori. *Para Kelsen, no hay tampoco más Derecho, propiamente dicho, que el positivo; ahora bien, para que éste sea posible, urge ineludiblemente una serie de supuestos* a priori, *base del conocimiento normativo.*

IV. Esbozo de algunos puntos de vista críticos

Sumario: 1. Alcance de esta crítica. Los límites de la teoría pura del Derecho; y función de ésta en una Filosofía del Derecho y del Estado. Lo metajurídico como objeto necesario y capital de una Filosofía del Derecho y del Estado. El Estado como ordenamiento normativo nace y se apoya en fenómenos sociales reales y con sentido político. Origen y fundamento sociológico de la norma fundamental: positividad y facticidad. La resultante unitaria de voluntad y poder sociales. El sentido político de los fenómenos sociales de voluntad y de poder. La realidad espiritual productora del Estado: su índole funcional y dinámica: su contenido de sentidos objetivos. Las dimensiones metajurídicas que condicionan el Estado como orden normativo de Derecho. Relaciones entre el estudio jurídico puro y la consideración metajurídica del Estado. — 2. Revisión de algunos supuestos fundamentales de la teoría kelseniana. El concepto de Sociología: vieja Sociología positivista y nueva Sociología. La nueva Psicología. Revisión de los supuestos categoriales. Pluralidad de acepciones de la categoría normativa:

forma normativa y normatividad absoluta. Necesidad de precisar las relaciones entre valor, finalidad y normatividad. El problema del momento teleológico en los conceptos jurídicos. Crítica de supuesto subjetivista trascendental.

No estimo que sea este "estudio preliminar", a modo de introducción, el lugar oportuno para desarrollar una consideración crítica de la obra kelseniana. Aparte de que con ello se alargaría excesivamente este prólogo, cuyo objeto es sólo introducir al lector en los fundamentos y supuestos del pensamiento de Kelsen, rige, además, otra consideración: no parece muy correcto hacer preceder al texto original del autor una crítica que lo rebase en extensión. Mas, de otro lado, es difícil resistirse a la incitación de esbozar algunas observaciones, por lo menos en torno a la tesis de la identificación entre Estado y Derecho. Señalar algunos puntos de vista críticos, no empaña ni el mérito ni el realce del pensamiento kelseniano: el valor de una doctrina no se mide sólo por lo que logra explicar satisfactoriamente, sino también por lo que sugiere a contrario; *y es patente que el agudo planteamiento dado por Kelsen a muchos problemas, ha sido instrumento fecundo de incitaciones, aunque muchas de éstas surjan con dimensión polémica.*

Estimo que el programa de la Teoría pura del Derecho, de Kelsen, no puede circunscribir toda la problemática del Estado, no puede agotarla, sino que, por el contrario, debe limitarse al campo inmanente de la Ciencia jurídica, sin aspirar a trascender de él; es decir, la teoría vienesa no puede ni debe aspirar más allá de constituir la base formal de la Ciencia dogmática del Derecho, esto es, la doctrina de sus conceptos fundamentales.

Como reconoce muy bien Kelsen, en un artículo (1),

(1) *Juristicher Formalismus und reine Rechtslehre,* Heft 23 der Juristischer Wochenschrift, Leipzig, 1929.

posterior a su Teoría general del Estado, la Teoría jurídica pura no es, ni quiere ser, más que una Teoría del Derecho positivo, que proporcione los instrumentos conceptuales mediante los cuales pueda ser aprehendido o explicado científicamente cualquier ordenamiento jurídico.

Poniendo en relación este propósito de Kelsen con otros resultados del pensamiento jurídico contemporáneo, cabría decir que, en la consideración del Derecho positivo, hay que distinguir entre los conceptos jurídicos formales — *formas lógicas puras,* a priori — *y las nociones materiales o de contenido. Éstas, las nociones de contenido, pueden ser: o bien singulares, referentes a una institución de un determinado ordenamiento histórico; o bien generalizaciones empíricas, logradas por comparación inductiva de varias ordenaciones similares. Según eso, la* Teoría pura del Derecho *estudiaría aquellos conceptos formales que condicionan la existencia de todo Derecho y de todo conocimiento científico sobre el mismo; la* Dogmática jurídica *tendría por misión aprehender y sistematizar los contenidos de las normas vigentes o históricas; pero, además, sería posible intentar una Teoría general que mediante el manejo de los instrumentos de la* Teoría pura, *y estudiando las varias constelaciones en que pueden darse los conceptos formales con respecto al contenido de los ordenamientos positivos, estableciese los caracteres de los tipos institucionales, los cuales serían destacados como tales* tipos *en la gama de las innúmeras configuraciones concretas (reales o posibles) del Derecho. Y esa Teoría general, tipificadora de los contenidos posibles, serviría de base científica a la Dogmática jurídica particular, pues serviría a ésta para situar cada institución singular concreta en su puesto adecuado con relación a las posibilidades típicas. Es decir, resumiendo:* Teoría pura del Derecho, *que se ocupa de los conceptos formales que se dan necesaria y*

universalmente como armazón esencial de todo ordenamiento jurídico; Teoría general del Derecho *que ofrece una exposición de los tipos posibles de los contenidos jurídicos, y estudia comparativamente varios sistemas positivos;* Dogmática jurídica *particular, que considera y sistematiza un determinado y concreto ordenamiento jurídico positivo.*

El propósito de la labor de Kelsen consistió inicialmente en cumplir estrictamente la función de los dos primeros temas indicados. Y más tarde, en 1929 (1), al reflexionar de nuevo sobre el alcance de su propia doctrina, insiste con mayor precisión en delimitar rigorosamente su papel, en el sentido que he indicado: como Teoría pura y como Teoría general del Derecho positivo. Mas, a pesar de ello, hay que reconocer que antes (1925), en su libro "Teoría general del Estado" *(2), rebasó considerablemente ese programa: olvidó la posibilidad y la necesidad de que el "fenómeno jurídico" sea estudiado desde otros puntos de vista, distintos del estrictamente jurídico (formal) en sus contenidos, en la génesis social de ellos y en su sentido cultural (como hechos con intencionalidad política); y trató de reducir toda la problemática acerca del Estado al ámbito de la Ciencia jurídica, llegando a identificar, radicalmente y sin reserva ninguna, el Estado con el Derecho y la Teoría del Estado con la Teoría del Derecho. ¡No se ha dado cuenta Kelsen, de que el mismo Derecho implica una serie de supuestos previos, metajurídicos, muchos de los cuales se dan cabalmente en la realidad estatal, como realidad funcional, como algo existencial, que en su íntegra plenitud excede del cercado estricto de la Ciencia jurídica.*

Estimo que es preciso hacer especial hincapié en que la

(1) En el citado artículo *Juristicher Formalismus.*
(2) *Allgemeine Staatslehre.*

Ciencia jurídica stricto sensu *constituye un islote que flota en un mar de problemas metajurídicos, los cuales no pueden ser abordados, ni menos resueltos, con los medios de la* Teoría pura del Derecho. *Esta es solamente una Filosofía de la Ciencia jurídica, que no puede trascender de ese campo inmanente y que tiene por tanto que respetar, sin tocarlos, la serie de problemas sociológicos y valorativos que la circunscriben. Tales problemas son, en sentido estricto, metajurídicos, en cuanto exceden del ámbito y de las posibilidades metodológicas de una rigorosa ciencia jurídica, esto es, de la actividad del jurista (tomado únicamente como tal; es decir, en cuanto a reproductor y sistematizador de dogmas jurídicos). La Teoría pura del Derecho, al estilo kelseniano, puede ser el instrumento que depure científicamente esa actividad del jurista; pero de ninguna manera, debe aspirar a anular con gesto devastador las regiones que se encuentran más allá de la esfera jurídica técnica. Estas regiones, ciertamente, están pobladas por problemas metajurídicos.*

En las primeras obras de Kelsen, aparecía a veces el reconocimiento implícito de estos límites (1); pero en el desarrollo ulterior de su doctrina (2) tornóse ésta superlativamente ambiciosa; pretendió erigirse unilateralmente en Enciclopedia jurídica, independizándose de toda otra problemática, convirtiéndose en algo plenamente autónomo; y llega así a la absoluta identificación entre Estado y Derecho, haciendo desaparecer del contenido de una Teoría general del Estado todos los problemas metajurídicos — sociológicos y éticopolíticos. — *Este desbordamiento es una realidad, a pesar de aquellas posteriores manifestaciones de Kelsen, que tratan de ponderar los límites de su Teoría pura del Derecho.*

(1) Cfr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* 1911.
(2) Cfr. *Allgemeine Staatslehre,* 1925.

Ahora bien, los problemas metajurídicos — de índole sociológica y de carácter político, que circunscriben y condicionan la vida del Derecho, — podrán ser excluídos del campo inmanente de una Ciencia jurídica en sentido estricto, la cual se constituye sobre un armazón o sistema lógico de conceptos normativos; pero no deben ser expulsados en modo alguno de una Filosofía del Estado y del Derecho, la cual tiene cabalmente por objeto indagar esas cuestiones previas, es decir, los supuestos sobre los que se construye la Ciencia jurídica estricta, supuestos filosóficos que, naturalmente, exceden de la misma. Por trascender de ésta, es por lo cual empleamos la denominación meta *para designarlos; pero por representar algo colindante con el Derecho, es más, aquello que lo circunscribe y explica en última instancia, es por lo cual añadimos a aquella indicación de trascendencia* (meta), *la calificación* jurídica, *llamándolos así problemas* metajurídicos. *La ciencia jurídica estricta y el sistema jurídico se alojan en la concavidad de la esfera de la Teoría pura del Derecho: los problemas metajurídicos son los que circunscriben y bordean esa esfera, esto es, el lado convexo de la misma. La base sobre que se asienta un edificio y las ideas que lo engendraron no pertenecen rigorosamente al mismo; pero, sin dicho fundamento y sin dicho espíritu, la construcción no puede ser levantada ni sostenerse, ni por tanto ser entendida y explicada totalmente. Recluirse en las líneas del edificio, olvidando el asiento que lo fundamenta en un primer plano, encerrarse en la concavidad de una esfera, cegándose para las regiones externas inmediatas a la misma y condicionantes de su existencia (que es lo que hace la Teoría general del Estado de Kelsen), es un proceder harto unilateral; proceder que, acaso en ciertos momentos, pueda resultar justificado metodológicamente y fructífero para la economía interna de la Ciencia jurídica estricta,*

pero que no puede ser ofrecido como programa para una indagación total, filosófica, del Derecho y del Estado. Y uno de los problemas capitales de ésta es, sin duda, inevitablemente, la comprensión del Estado como algo que crea o formula, da vida y circunscribe al Derecho.

La cuestión está, pues, a mi modo de ver, no en aniquilar la Teoría jurídico-estatal de Kelsen, sino en reducir sus pretensiones, procediendo a alojarla en una Filosofía general del Derecho y del Estado; y proceder a alojarla de tal suerte, que no se menoscaben sus conquistas metódicas, sus frutos de depuración y rigorosidad; pero integrándola en un complejo doctrinal capaz de contestar a las últimas cuestiones que plantea ineludiblemente el Derecho. Y entre tales cuestiones ocupa sitio capital la explicación de la realidad del Estado y de sus relaciones con el ordenamiento jurídico.

Cierto que para el jurista sensu stricto, *la esencia del Estado se agota en el sistema del Derecho vigente, y, por lo tanto. coincide con él. Para el jurista, el Estado existe sólo* en tanto y cómo *se expresa en el ordenamiento jurídico, y de ninguna manera como poder social, como producto histórico complejo; existe únicamente como sujeto y objeto de las normas jurídicas. Para la consideración jurídica estricta no cabe distinguir entre Derecho y Estado, ni preguntarse por cuál de ellos ostenta la prioridad, porque son meramente dos modos o aspectos diversos de un mismo ente, vertientes varias de la misma cosa. Así, por ejemplo, la legislación, como actividad, nos aparece bajo la forma mental o representación de Estado, y como ley, esto es, como producto o contenido de aquella actividad, recibe la denominación de Derecho. Entendida como orden, or-*denador, *es Estado; como orden,* ordenado, *es Derecho. El Estado es el Derecho como actividad normante; el Derecho es el Estado como situación normada.*

Adviértase, desde luego, que esta ecuación (de mero alcance inmanente), entre Estado y sistema de Derecho positivo, se refiere exclusivamente al ordenamiento jurídico vigente. No se trata, en modo alguno, de afirmar que no exista más criterio jurídico que el producido por el Estado, negando toda medida ideal; ni tampoco se trata de desconocer los fenómenos de producción de normas jurídicas mediante la costumbre y por los entes colectivos de vida autónoma. Con respecto a lo primero, téngase en cuenta que la equiparación entre Estado y Derecho no supone que por encima de la positividad no haya criterios valoradores o ideales políticos para la crítica de las leyes existentes y para su reelaboración y reforma ulterior. En segundo lugar, nótese que la equiparación entre Estado y Derecho positivo no quiere decir que real y efectivamente toda norma jurídica haya sido elaborada en su contenido concreto por el Estado, es decir, por alguno de sus órganos especializados; en modo alguno, no se trata de eso, pues es bien patente que eso no ocurre ni con las reglas del Derecho consuetudinario, ni con las establecidas por las partes en un negocio jurídico, ni con los estatutos elaborados por una asociación, etc., etc. Dicha equiparación, implica tan sólo que, para que una norma sea considerada como Derecho vigente, precisa que pueda ser encajada dentro del sistema unitario del orden jurídico y referida a un punto común que dé validez a todas las normas, es decir, referida a la voluntad del Estado, en sentido formal, aunque de facto *no haya sido determinada por ninguno de los órganos estrictos de éste, como ocurre, verbigracia, con las normas antes mencionadas. Adviértase que esa voluntad del Estado, punto común de legitimación de todas las normas vigentes, no ha de ser concebida como un fenómeno real, sino como una construcción normativa, como el término central de imputa-*

ción de todos los actos que tienen virtualidad establecedora de reglas de Derecho.

Ahora bien, el Estado, como ordenamiento jurídico positivo, se produce inicialmente, se sostiene, caduca y es sustituído — normalmente o con solución de continuidad (revolución, etc.), — merced a los procesos reales de integración de los factores que constituyen la comunidad o sociedad jurídica y a los fenómenos de voluntad preponderante dentro de ésta. El Estado stricto sensu, *como sistema normativo, como ordenación jurídica, no es un producto mágico que nazca por arte milagroso, sino una especie de precipitado o de expresión normativa de fenómenos reales de integración social, con un sentido específico. Son estos fenómenos — como una especial forma o tipo de actividad cultura, — los que producen, a modo de resultante, el complejo de energías o fuerzas psicológicas socialmente entrelazadas, que a su vez engendran el Derecho positivo y lo mantienen, vitalizan y estructuran concretamente.*

La separación radical entre la región normativa y el mundo de los hechos reales, propugnada por Kelsen, falla necesariamente en la base del sistema. Esa separación se puede tal vez mantener dentro de la esfera inmanente del sistema jurídico, en tantó en cuanto consideremos preceptos jurídicos singulares — cuya razón de vigencia radica en otras normas superiores; y la de éstas, a su vez, en otras etcétera. — Pero, a la postre, llegamos a la norma fundamental o constitución *en sentido lógico-jurídico, la cual ya no se basa sobre un precepto jurídico: ella ya no es propiamente positiva, sino hipotética, supuesta. Ahora bien; llegado este punto, falla la autonomía lógico-normativa del sistema frente a la realidad social; falla, porque para que podamos suponer como vigente un sistema de Derecho, es menester forzosamente que haya una realidad so-*

cial que corresponda — en una cierta medida mínima — al contenido de las normas de aquél; pues si una ordenación jurídica no consigue eficacia ninguna en la realidad, si en su mayor parte no es cumplida general y ordinariamente, no puede ser supuesta como positivamente vigente. Cierto que Kelsen, reconoce esto de una manera explícita, cuando dice que para admitir el carácter de vigencia o positividad de un sistema jurídico, es preciso que la conducta efectiva de los hombres a quienes se dirige coincida, en cierto grado, con el contenido de aquél; es decir, la positividad o vigencia del Derecho requiere un mínimum *de* facticidad. *Pero, a pesar de tal reconocimiento explícito, no cae en la cuenta de la decisiva trascendencia de esta observación: no llega a comprender que esto demuestra que el sistema jurídico, que él construye en su interior con entera pureza normativa, se apoya, por fuera, en su base externa,* sobre un hecho de poder social, *sobre una realidad humana y que, por consiguiente, la elección o suposición de la norma fundamental, ya no es un momento que pertenezca con pureza a la lógica jurídica o Teoría pura del Derecho; ya no es una función* a priori *del pensamiento, sino que depende de condiciones empíricas; es decir, es algo que viene predeterminado por elementos fenoménicos. De suerte que, resulta que, a pesar de todos los propósitos de Kelsen de mantener incomunicada la región normativa del Derecho con el plano fáctico de la Sociología, sin embargo, en la base misma de su sistema ha tenido que unir el concepto de positividad (vigencia) con el concepto de facticidad, declarando que un mínimum de la segunda constituye un ingrediente necesario en el concepto de la primera.*

Así, pues, el teórico del Derecho no tiene libertad para elegir la norma fundamental *o constitución en sentido lógico-jurídico, que le permita construir el sistema del or-*

den jurídico positivo o vigente; sino que su decisión está condicionada por el material empírico de las relaciones de poder; tiene que suponer, como norma fundamental, la que dimana del poder social predominante, con lo cual resulta que la construcción de la Ciencia jurídica no es una construcción autónoma, sino una postconstrucción de ciertos fenómenos; y de ese modo, todo el sistema jurídico queda condicionado por una base sociológica (1). Para mantener la pureza del sistema normativo en cuanto a su primera base lógico-constitucional, sería preciso que ésta, es decir, el supuesto de la constitución originaria, fuera una idea pura perteneciente al reino de los valores, y tuviese por ende carácter a priori, *es decir, absoluto, con independencia de toda observación, de todo hecho empírico: o, dicho de otro modo, sería preciso que fuera una primera norma de Derecho Natural, con validez necesaria, sería menester que esta validez no derivase de ningún hecho, sino de la intrínseca rectitud o justicia de la norma. Pero, según Kelsen — y así es en realidad, — una constitución está vigente, no en virtud de su intrínseca justicia, sino en virtud de su* positividad. *Ahora bien; es preciso sacar de ello la consecuencia que Kelsen se empeña en no ver: la primera constitución o norma fundamental de un sistema jurídico no puede ser concebida como puro jalón lógico, antes bien, por el contrario, ha de ser entendida con una dimensión existencial, con una dimensión de voluntad social (2).*

El Estado, como sistema normativo, es decir, como Derecho vigente, está basado, mantenido y condicionado, por un complejo de fenómenos sociológicos, por actos de voluntad real. Lo que actúa como fundamento real socio-

(1) Cfr. SIGFRIED MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, pág. 26 y sigs.
(2) Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, pág. 8 y sigs.

lógico del Estado es un fenómeno de voluntad colectiva, que consiste, en una unidad efectiva de decisión suprema sobre la regulación de la vida común. Por voluntad colectiva, no ha de entenderse un alma real de la sociedad — como supuso arbitrariamente el romanticismo: — no se trata de un espíritu aparte y distinto de los individuales, sino únicamente de una efectiva resultante unitaria de la conjunción de fuerzas que integran la comunidad política. Entre todas las voluntades particulares, diversas y contradictorias, surge un proceso en el cual se impone una determinada dirección unitaria, que aparece como resultante decisiva, como producto último individualizado y formado a través de todos los mecanismos de influencia psíquica que forman la trama de la sociedad política.

La voluntad del sujeto que funciona como órgano del Estado tiene, en última instancia, el valor y significación de voluntad colectiva, solamente y en tanto que se puede contar con que dispone de una manera regular del poder de los representados, la mayor parte de los cuales le obedecerán habitualmente, lo cual es debido, cabalmente, a que sus actos de dominación valen como resultados de la voluntad común y son determinados positivamente por ella. La voluntad común es algo real, incluso para los individuos que se encuentran en abierta oposición contra la misma, porque si se limitan a repudiarla interiormente, es aplicable a esta situación la máxima coactus tamen voluit, *y si se revuelven activamente contra ella, en tal caso caben dos posibilidades: o logran imponer su rebeldía, y entonces se ha gestado una voluntad común nueva, o no, y son al fin anulados. Y en ambos casos se manifiesta la realidad de una voluntad común, como resultante unitaria, por encima de las voluntades singulares (1).*

(1) Cfr. HERMANN HELLER, *Die Souveranität*, 1927, págs. 79 y siguientes, 86 y sigs.

Así, pues, la norma fundamental es un reflejo o expresión normativa del hecho de voluntad colectiva triunfante. El edificio jurídico positivo descansa sobre una voluntad social, se funda en definitiva sobre una instancia suprema de decisión colectiva.

Adviértase, que tal doctrina, no implica la consagración del triunfo de la fuerza como última razón ética justificativa del Derecho: en modo ninguno, porque no se trata ahora de este problema; no se trata de la radical legitimación valoradora del Derecho; no se trata de una cuestión de estimotiva; se trata de algo diferente, de construir teoréticamente o explicar la vigencia histórica de un determinado Derecho o, lo que es lo mismo, la realidad de un Estado, sin que ello entrañe una intrínseca justificación ética de él. El Derecho positivo, aunque puede ser definido como una aspiración o intencionalidad de justicia, como un ensayo de traducción concreta de la justicia en determinadas circunstancias, no siempre logra ese propósito: es patente que ha existido y existe Derecho injusto, Derecho que, lejos de plasmar los principios ideales o valores jurídicos, los contradice. Desde el punto de vista valorativo, crítico, deontológico puro, iusnaturalista, podrá impugnarse la validez de un Derecho tal, podrá negársele justificación intrínseca, rechazarlo como algo patológico, anormal, es decir, injusto. Pero esta crítica no afectará a su carácter formal de juridicidad — en el supuesto que posea las notas formales de la definición universal del Derecho, — ni a su realidad histórica, con tal que se presente con vigencia a virtud de la resultante de poder social que lo apoye. La comprobación de que existe un determinado Estado, y la construcción teórica de su sistema jurídico, son independientes del juicio que nos merezca este régimen, desde el punto de vista crítico del ideal del Derecho. Se puede reconocer la positividad o vigencia de un sistema

jurídico y, no obstante considerar que, porque es injusto y porque no responde a las aspiraciones sociales, ha de procurarse su derogación, incluso apelando, si fuere preciso, a la violencia; se puede comprobar la legalidad de hoy, *y, sin embargo, movido por un ideal de justicia, esforzarse en derrocarla para establecer mañana una nueva legalidad mejor.*

Lo que importa aquí es, que nos demos clara cuenta de que al jurista no le es posible elegir libremente la norma fundamental para la construcción o explicación del Estado, sino que tiene forzosamente que recibirla de la experiencia, como hecho de poder predominante; es decir, que el Estado tiene una base real, de hecho, sobre la cual se edifica la ulterior construcción normativa del sistema jurídico.

Por otra parte, huyamos también de entender ese fenómeno de poder, raíz de todo Estado, como relación de fuerza material, de violencia. Obsérvese, en primer lugar, que el poder social rarísima vez constituye una nuda relación de fuerza física, sino que, en definitiva, se funda sobre factores de índole psicológica; pues no consiste puramente en la posesión de vigor corporal, armas y dinero, sino en la obediencia de las personas que tengan las armas y acepten el dinero como medio de pago. Todo poder social se apoya, postreramente, en el reconocimiento del mismo por los que a él se someten. Pero bien patente es que, por desgracia, ocurre a veces el hecho de que el dominador político, explotando la fuerza que le concede una organización rígida, logre la obediencia forzada de una colectividad, cuyos componentes, en abrumadora mayoría, le son hostiles y repugnan esta sumisión, y, sin embargo, porque el dominador posee el resorte de la disciplina, de la organización, del cual carecen los individuos aislados, son llevados éstos a constituir un instrumento de aquel poder que repudian en el fondo de su conciencia.

Pero estos casos de poder social, no elaborado ni apoyado efectivamente sobre la conciencia de los súbditos, sino logrado por la nuda violencia — unas veces — o creado ficticiamente — las más — por la argucia de una organización que anula las oposiciones individuales (en cuanto no permite que éstas se conecten), llevan dentro de sí el germen de su derrumbamiento. Cuando se da un divorcio entre el poder que se formó, o que se mantiene artificiosamente, y el sentir auténtico de la comunidad política, entonces ese poder está condenado a marchitarse, cuando no a derrumbarse aparatosamente.

Pero hay que advertir, además, que tenemos que referirnos a los procesos reales de voluntad social, no solamente para apoyar la norma fundamental o constitución primaria de un sistema jurídico-estatal, sino que también es precisa tal referencia para concebir su dinamismo, su vida, su desarrollo. Pues un orden jurídico exacto y rigurosamente concebido, bajo la forma sistemática de un complejo graduado o escalonado, no es, en el período de su vigencia, un producto fósil, un cuadro estático, sino un mecanismo en movimiento, que va innovando algunas de sus partes y creando continuamente nuevas normas. Todo ello puede, sin duda, construirse o explicarse formalmente, mediante la teoría de las delegaciones sucesivas — que partiendo de la norma fundamental o constitución originaria van a parar hasta las normas individualizadas (sentencia judicial, decisión administrativa). — Pero este sistema formal de delegaciones sucesivas, es puesto en movimiento por una efectiva fuerza espiritual, la cual además como actividad cultural específica decide — a veces dentro de márgenes bastante amplios, — la configuración de muchos contenidos jurídicos y por ende estatales. Muchos órganos del Estado—capitalmente el legislativo— disfrutan de una anchurosa capacidad discrecional o ar-

bitral, para el establecimiento de las normas, cuya elaboración les compete. Ahora bien, el porqué entre todas las soluciones, lógicamente posibles, prefiera el órgano estatal una u otra, es un problema que escapa íntegramente a la Teoría pura del Derecho, y que sólo es susceptible de ser abordado por un estudio sobre los factores vitales concretos que condicionan la decisión y sobre las ideas políticas que la inspiran.

Así, pues, por debajo del Estado sensu stricto, *como orden jurídico vigente, se da una realidad espiritual que lo produce, lo mantiene, lo reelabora y lo condiciona: una actividad cultural que tiene por contenido los problemas de la convivencia social y que es la que produce como precipitado el sistema normativo del Derecho vigente. Es la conciencia de la integración social en continua renovación y reelaboración, como dice Smend (1). La realidad sociológica del Estado no consiste en una cosa, en una entidad substancial, por debajo del Derecho, sino en un complejo de fenómenos espirituales, de procesos psíquicos, que producen una resultante de voluntad o poder, que es la que crea, mantiene, configura, vitaliza y desarrolla el Derecho. Y esa actividad o movimiento cultural, referente a la convivencia e integración de la sociedad, se desarrolla en un movimiento de incesante y renovada realización.*

Ahora bien, estos fenómenos sociales, que constituyen la base existencial del Estado, no pueden ser estudiados como meros hechos encajados en un marco de explicación causal, según pretendía la vieja Sociología: son hechos con sentido, tienen un sentido que no es susceptible de ser explicado causalmente, sino de ser entendido, comprendido. *Y este sentido sólo puede entenderse o comprenderse en función de referencia a los valores de los cuales*

(1) Cfr. RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, págs. 16 y sigs.

depende. Se trata de un sentido político, cognoscible en relación a los valores políticos que trata de plasmar (1).

Resulta, pues, que el Estado-Derecho aparece condicionado por dos dimensiones metajurídicas: la realidad de unos hechos sociales que lo producen y mantienen y el sentido político-ideal de los mismos. El Estado, como sistema normativo, se apoya, pues, sobre un complejo de hechos vitales, que integran una actividad cultural, que se hallan en constante movimiento vivo de autorrenovación, como tendencia dirigida a un reino ideal de valores.

Así, pues, la "Ciencia normativa pura del Derecho" no puede constituir la base única para una Teoría general o total *del Estado, porque cabalmente es de ésta de donde debe recoger los supuestos que la condicionan en una esfera más amplia. Esto es, la Ciencia jurídica se inserta en un campo más anchuroso, a saber: en el de la Teoría general del Estado, la cual circunscribe a la primera. Por ende, se ve claramente que el complejo de factores que integran en su plenitud la realidad y vida del Estado, trascienden del método jurídico. (Todo esto sin perjuicio de que, para el jurista y normativamente, el Estado se exprese y exista sólo en el Derecho.) Y dichos factores, trascienden del método jurídico normativo, porque cabalmente condicionan sus materiales; ya que, según se ha visto, la norma fundamental, que da base unitaria a un sistema jurídico, se apoya en última instancia en la facticidad. La construcción o sistema normativo de un determinado Derecho positivo vigente, reconoce como fundamento trascendente un algo, ya no normativo, sino real,*

(1) Cfr. FERNANDO DE LOS RÍOS, Prólogo al libro de RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Madrid, 1930. FERNANDO DE LOS RÍOS cree que el Estado entraña la síntesis de tres momentos: unas condiciones históricas de biología social; el sistema de las necesidades presentes. y la teleología o ideal político. El orden jurídico es la resultante unitaria de esas tres dimensiones.

no lógico, sino existencial, a saber: una voluntad social que integra la comunidad política y le imprime cierta dirección, voluntad social que ya no entendemos en el sentido de construcción lógico-normativa, sino como complejo de hechos de poder predominante, como la resultante de los mismos. Es decir, para la existencia de un Derecho positivo, es necesario que se instaure un poder común, superindividual, capaz de sostener e imponer efectivamente un sistema regular, homogéneo, constante, de vida social.

Y estos hechos sociales no son fenómenos equiparables a los del mundo de la naturaleza, explicables sólo por relaciones de causalidad, sino hechos humanos *llenos de sentido, sentido que constituye su dimensión esencial, y que consiste en una intencionalidad de valor, en una actitud teleológica, en una justificación.*

Así, pues, en discrepancia con Kelsen, entiendo que el Estado puede y debe ser concebido y estudiado metajurídicamente como un fenómeno de cultura — como una síntesis real de actividades espirituales, — con un sustrato de elementos vitales, y participante en la esfera ideal de los valores. Debe ser entendido, como ser dinámico, que sin perder su movimiento cuaja y se expresa mediante el Derecho que segrega. Jurídicamente — puesto que la Jurisprudencia es una ciencia cuyo objeto son normas — el Estado se expresa sólo como Derecho y a través de él; pero aun cuando aislemos mentalmente esta expresión normativa, construyendo el sistema lógico del orden jurídico, urge no seccionarlo radical y definitivamente, ni de la corriente vital que lo produce y sostiene, ni de su relación con las ideas de valor que le dan sentido. Una Teoría jurídica estricta, sólo contendrá del Estado su versión normativa de Derecho; pero una Teoría integral del mismo, ha de tratar de entenderlo en toda su plenitud como fe-

nómeno de cultura, estudiando el sentido objetivo del mismo. Y como, en definitiva, la realidad del Estado estriba en una conexión espiritual a través de actividades e ideas, ha de ser tema capital de una Teoría general del Estado el estudio de estos procesos de integración, que son los que constituyen su realidad primaria. Todo lo cual no obsta que, para el jurista y la Ciencia jurídica, el Estado sea única y exclusivamente el orden jurídico como sistema unitario, puesto que sólo a través de éste es calificable estrictamente como estatal un acto o una situación.

Ahora bien; para precisar las relaciones entre el estudio jurídico puro y la consideración metajurídica del Estado, hay que advertir lo siguiente: mientras que el estudio jurídico puede hacer abstracción de todos los elementos fácticos y de juicio crítico político, y elaborarse mediante el método nomológico, como rigurosa construcción normativa, en cambio, la Teoría general del Estado, que lo considere en sus raíces metajurídicas, no podrá eludir la referencia constante a la ordenación jurídica, porque ésta constituye el esqueleto esencial de su objeto; aunque la realidad efectiva del Estado abarque elementos metajurídicos, éstos entran en el ámbito de lo estatal, porque se refieren de algún modo al ordenamiento jurídico, es decir, porque son necesidades que se aspira a satisfacer mediante una ordenación jurídica, porque son afanes en busca de una regla jurídica adecuada, porque son programas para elaborar un Derecho futuro, porque son fenómenos de opinión que apoyan el Derecho existente o se rebelan contra él, porque son los medios de poder sustentadores del orden jurídico, etc., etc. En suma, para que algo sobre calidad de ingrediente estatal, es preciso que se refiera directamente a la producción del orden jurídico, a su mantenimiento o a su modificación. En el amplio sentido de una Teoría general del Estado, que considere

los factores que producen, condicionan, vitalizan y explican al Estado, se han de estudiar elementos metajurídicos. Ahora bien, esos elementos tienen precisamente carácter estatal, en la medida en que apuntan hacia lo jurídico; la calificación de metajurídico, *lejos de suponer una independencia absoluta frente a lo jurídico, implica una referencia a ello: llamamos metajurídicos a aquellos elementos que no perteneciendo estrictamente al orden normativo del Derecho, están, sin embargo, en contacto con él, engendrándolo, apoyándolo y dinamizándolo. Así, verbigracia, la Teoría general del Estado no deberá ocuparse de los hechos artísticos, pero sí de la opinión pública en materia política; esa opinión pública no es un elemento del orden jurídico, pero es elemento estatal, porque, cabalmente, se refiere al Derecho, constituye un juicio o una aspiración social con respecto a cuáles deben ser los contenidos de la ordenación jurídica, y es un factor que en alguna manera condiciona la vida de ésta. Así, pues, el criterio para escoger, en el bosque de los fenómenos sociales de cultura, aquellos elementos que pertenecen a una teoría general (o total) del Estado, es precisamente la nota de referencia inmediata a la ordenación jurídica.*

Afirmo, pues, frente a Kelsen, la existencia de un plano real como sustrato y motor del Estado, constituído por un conjunto de actividades humanas sociales, de fenómenos culturales relacionados directamente con la producción y mantenimiento del Derecho, los cuales son reducidos a síntesis mental en función del concepto de éste y de sus categorías fundamentales. Pero, de acuerdo con Kelsen, rechazo decididamente el viejo concepto del Estado como una entidad sustancial, como una cosa independiente del Derecho (aunque manteniendo con él relaciones). Ahora bien; que el Estado no sea una cosa, un algo

sustancial, no implica necesariamente que no sea nada real: puede ser algo funcional. Y esto es, en efecto: el Estado, metajurídicamente considerado, no es una cosa, sino una actividad vital cultural, un complejo de funciones humanas que entrañan siempre necesariamente una referencia a lo jurídico. Esta referencia a lo jurídico es ineludiblemente necesaria, porque es cabalmente la nota que califica de estatales a dichos fenómenos o actividades.

A tenor de estas observaciones críticas, la Teoría jurídica pura del Estado, quedaría alojada en una más amplia visión que mostrase los supuestos de hecho y las ideas de valor que circunscriben y condicionan el esquema formal de lo jurídico: lo mismo en general, que en sus concreciones típicas. Así, verbigracia, sería correcta en la Teoría jurídica la definición del sistema demócrata-parlamentario como un tipo de los métodos posibles de producción, de las normas generales (leyes) en el sistema de Derecho; pero no habrá inconveniente en circunscribir este concepto formal perfecto, con un estudio más amplio sobre las ideas de valor que encarna o a las cuales tiende la democracia parlamentaria y sobre los supuestos de hecho que la condicionan.

* * *

Claro es que en este esbozo de la crítica de la identificación entre Estado y Derecho y de la reducción de la Teoría del Estado a mera Teoría jurídica, se barruntan, y, aún asoman argumentos, que no se refieren ya solamente a ese aspecto parcial de la doctrina comentada, sino que afectan a algunos supuestos fundamentales del pensamiento de Kelsen. Pero ya he advertido que no es mi propósito desarrollar aquí una amplia y fundamental consideración crítica del sistema kelseniano. En modo alguno sería pertinente hacerlo en este prólogo.

Sin embargo, con el fin de no dejar truncadas determinadas consideraciones, ofreceré, a modo de índice, algunas indicaciones brevísimas sobre aquellos supuestos y temas del pensamiento kelseniano en los cuales parece más urgente una revisión crítica.

En primer lugar, habría que revisar el concepto de Sociología y el concepto de Psicología, a que se refiere Kelsen. Éste concibe la Sociología, implícita o explícitamente, en la mayor parte de veces en que a ella alude, como una especie de Psicología positivista al modo de una ciencia natural, como una ciencia de fenómenos (en su mayoría psíquicos) que se construye como una física del alma y de los actos de ésta que constituyen la sociedad. Cree, por consiguiente, que la Sociología es una ciencia natural; que el objeto de ella pertenece al mundo de la Naturaleza — en el que se comprende lo físico y lo psíquico, — y ensancha el mundo de la naturaleza hasta identificarlo con el mundo del ser real. Ahora bien; ese concepto de Sociología responde al tipo de la Sociología positivista. Pero hoy, puede darse por periclitada esa concepción positivista de la Sociología, que quería explicar los fenómenos sociales de un modo causal y cuantitativo a imagen y semejanza de la Física. A través de procesos varios se ha llegado, en el decurso de los últimos veinticinco años, a nuevas concepciones de la Sociología, las cuales entienden que eran totalmente inadecuados aquellos métodos naturalistas, y tratan de indagar en el fenómeno social su peculiar sentido, *no susceptible de mera explicación causal, sino que ha de ser estudiado por un acto mental de* "comprensión", *de* "inteligencia"; *que ve en muchos fenómenos sociales "hechos de cultura" sólo aprehensibles a luz de referencias a las ideas del valor que les dan sentido; que conciben lo social reconociendo en ello un contenido espiritual o ideal; que ven en la realidad social ciertamente una realidad, pero*

una realidad que consiste en ser cruce, entre un complejo de impulsos, y un proceso ideal, un cruce entre fuerzas apetitivas y logos; que consideran la realidad espiritual como un proceso vital de actos en los que se verifican sentidos objetivos, apareciendo indisolublemente ligados el acto con su contenido ideal (1).

Y algo análogo podía objetarse al concepto que Kelsen tiene de la Psicología y que le sirve de base a su idea de la Sociología. Considera la Psicología como una ciencia explicativa *de los fenómenos espirituales, construída con categorías parejas a las de las ciencias naturales. Unas ciencias naturales se ocupan del ser físico, otra estudia el ser psíquico; pero, en el fondo, las categorías aplicables al ser físico y al ser psíquico son iguales. Ahora bien; esto es precisamente lo que hoy se ha puesto en cuestión de un modo fundamental, radical, por la nueva Psicología, que entiende que no son aplicables al ser psíquico pura y simplemente, ni la categoría de causalidad ni la medición cuantitativa, propias de la Física; antes bien, los hechos psíquicos deben ser, no explicados según una mera serie causal, sino entendidos en su significación, en sus* figuras o formas *integradoras, y considerados siempre desde el punto de vista de una* totalidad unitaria, *que es esencialmente propia de la vida psíquica humana.*

Y es fácil advertir cómo esas nuevas concepciones de la Sociología, pueden repercutir en la simple dualidad de las categorías del ser y del deber ser, ya que vienen necesariamente a complicar el problemas de los zonas ónticas y el de sus sistemas de categorías. No es aquí el lugar ade-

(1) No todas esas nuevas concepciones de la Sociología coinciden, ni mucho menos. En esa caracterización a grandes rasgos aludo a escuelas varias y aun opuestas, pero que tienen una dimensión común: el no concebir la realidad social como un pedazo de ser natural, homogéneo a los otros seres naturales y aplicable por las categorías de las ciencias de la naturaleza.

cuado para sacar las consecuencias de esas nuevas ideas en vista a la Teoría del Derecho. Baste con señalar, que imponen en ese punto una necesidad de revisión para ciertos supuestos del pensamiento kelseniano — tal vez excesivamente simplificados. — En esa revisión, además, una de las tareas principales, sería la de establecer con todo rigor la pluralidad de acepciones de la normatividad (o categoría del deber ser). Habría que distinguir entre una normatividad formal o *forma normativa y una* normatividad absoluta, *plena, no sólo en cuanto a su forma, sino también en cuanto a su contenido. Es decir, todo cuanto se presenta bajo la forma normativa de un precepto — no como dato del ser, sino como exigencia de un deber ser, — no siempre coincide con el llamado reino de los valores absolutos, que imponen al hombre obligaciones de conducta. Pero sí toda existencia actualizada, dimanante de los valores éticos, se presenta bajo forma normativa. Ahora bien, en el caso de un valor ético, sus exigencias, no sólo se presentan bajo forma normativa, sino que, además, su contenido es él esencialmnte un deber ser, intrínsecamente justificado como tal; en cambio, hay preceptos históricos — verbigracia, de cualquier Derecho positivo — los cuales, indiscutiblemente, a fuer de preceptos, tienen forma normativa, no enuncian ni explican un ser, sino que imponen un deber ser; pero su contenido no es una pura y absoluta exigencia ética; antes bien, ese contenido es solamente empírico, representa un momento real de una decisión, de una voluntad, que lo mismo puede coincidir o no con un valor absoluto. Una expresión de la idea pura de justicia es normativa en cuanto a su forma, y lo es también en cuanto a su contenido, por estar éste justificado conforme a una medida absoluta del valor. Pero, en cambio, un precepto de Derecho positivo, aun cuando necesariamente se presentará siempre bajo forma normativa,*

como expresión de un deber ser, tiene un contenido empírico, contingente, el cual es posible que esté en armonía con los dictados de justicia, pero puede también no estarlo, sin que por ello deje de ser tal precepto y tener forma normativa. Las normas positivas de Derecho, representan la intención de realizar determinados valores, pero tienen un origen empírico, son obra del hombre, condicionada por la vida de éste, y consiguientemente por situaciones históricas (1).

Es preciso, además, establecer las relaciones entre las ideas de valor, finalidad y normatividad. Los perfiles de esas tres ideas en su mutua relación suelen andar, en la mayor parte de doctrinas, harto desdibujados y confusos. Ahora bien; entiendo que mientras no se aborde a fondo y con todo rigor este tema, no será posible una firme e inequívoca fundamentación de la Teoría del Derecho Y con ello, se lograría también insertar en su debido punto esta Teoría jurídica en una auténtica Filosofía del Derecho, que llegase a comprender el sentido radical de lo jurídico en la vida del hombre y en el universo (2).

Todas estas consideraciones filosóficas — que me limito a enunciar en programa — nos llevarían también a poner en cuestión la eliminación del punto de vista teleológico en la construcción de los conceptos jurídicos. Ante todo habría que distinguir, entre los conceptos jurídicos puros, a priori — *que constituyen la trama esencial de todo Derecho y la condición de toda ciencia sobre el mismo (verbigracia, los conceptos de precepto jurídico, sujeto, objeto, relación jurídica, legalidad, ilegalidad, deber*

(1) Cfr. mi estudio *Naturaleza y normas (ser y deber ser). Los valores. La cultura,* en las adiciones a la *Filosofía del Derecho,* de DEL VECCHIO, tomo I, págs. 116 y sigs.

(2) Cfr. mi prólogo al libro de LUIS LEGAZ, *Kelsen* (1933), páginas 12 y 13.

jurídico, derecho subjetivo, etc.) — *y los* conceptos jurídicos empíricos o históricos, *que enuncian determinados contenidos concretos de instituciones, que existen o han existido en algún pueblo y época. De los segundos, esto es, de los* conceptos jurídicos empíricos *de instituciones históricas, no será posible eliminar el ingrediente teleológico, si no queremos vaciarlos de su peculiar sentido, porque estas instituciones responden precisamente a la representación de una finalidad social determinada, en la conciencia de unos hombres. Y así, por consiguiente, la dogmática jurídica, no podrá prescindir, en la elaboración de sus conceptos, de indagar el sentido teleológico de las instituciones como ingrediente esencial de ellas. Otra cosa es el problema de los* conceptos jurídicos puros o a priori: *como éstos, en función de su universalidad, han de ser formales, ya no pueden contener referencias a finalidades concretas que les harían perder la dimensión de generalidad. Y en este punto, quedaría en parte justificado el purismo kelseniano, aunque habría que tener presente que la oposición entre lo formal y lo material es meramente relativa, pues un principio es formal con relación a otro más concreto que incluye debajo, y es material con relación al más general que tiene por encima condicionándole (1), y así debería tenerse en cuenta que esta oposición relativa, no coincide con la oposición de lo* a priori *evidente y de lo* a posteriori *contingente, la cual es una diferencia absoluta, radical, inzanjable. Con lo que resultaría probablemente que reconoceríamos que los conceptos jurídicos puros, el* a priori *formal del Derecho, no contendrían referencia ninguna a finalidades concretas, empíricas; pero como quiera que el sentido radical del Derecho*

(1) Cfr. RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* (1929), págs. 85 y 86.

se halla ligado a un tipo de finalidad, tales conceptos podrían mentar en sí esa concepción teleológica esencial, sin vincularse a ninguna de sus concreciones reales o posibles. O, dicho de otro modo: los conceptos jurídicos formales a priori *no se compondrían de ningún ingrediente de teleología jurídica concreta, contingente, pero sí reflejarían el especial tipo de estructura finalista que es esencial a lo jurídico pura y simplemente, como nota universal, como denominador común a todas sus manifestaciones históricas o posibles.*

Pero, sobre todo, lo que exige especial revisión en la construcción kelseniana son algunos supuestos filosóficos generales latentes en su base. Me refiero singularmente a la concepción, de estirpe kantiana, del subjetivismo trascendental, para el cual el mundo es un caos, un desorden, un sin sentido, que sólo cobra figura de objetos, orden y sentido, en tanto en cuanto la mente humana lo organiza; de tal suerte, que el ser de los objetos consiste en un acto de mi mente, en el producto de ordenar mediante sus categorías el barullo de los datos. Según ese tipo subjetivista de concepción idealista, el ser de los objetos y lo que ellos son, su consistencia, les brota al choque de sus materiales, con mi actividad teorética; los objetos son, o no son, en función de mi mente y gracias a ella; gracias a que ella los produce o determina; y así resulta que el conocimiento no espeja el ser de las cosas, sino que lo construye. Pues bien, esa concepción, que sobre todo afecta a las ciencias de objetos reales, ha sido llevada por Kelsen — como también por otros filósofos del Derecho (1), — a la Teoría jurídica, y a tenor de ella, el Derecho y el Estado no son objetos que ellos sean ya Derecho y Estado, sino el producto del método jurídico. Ahora bien, el tema de la Fi-

(1) Sobre todo por STAMMLER.

losofía actual es precisamente superar ese régimen idealista, desde luego, sin recaer en el viejo realismo. Hay que buscar una tercera posición, en la cual se eviten las graves objeciones que con razón ha suscitado el idealismo subjetivista, sin volver empero a simples formas realistas, pues éstas mostraron ya hace siglos su incapacidad. Y con respecto al tema de una Teoría fundamental o pura del Derecho, entiendo que seguirá siendo el a priori *formal de lo jurídico; es decir, la esencia de lo jurídico pura y simplemente, aquello en virtud de lo cual el Derecho es Derecho, y las formas jurídicas esenciales que tienen una validez universal para todo lo jurídico; esto es, la esencia constitutiva del Derecho y las formas esenciales en que todo lo jurídico ha de presentarse necesariamente. Pero ese concepto del Derecho, y el séquito de conceptos formales que lo acompañan, no habremos de buscarlos como formas de nuestra mente, que proyectadas sobre materiales impuros o caóticos constituyen o producen el objeto Derecho, sino como esencias objetivas, como objetos ideales, con estructura y consistencia en sí mismos — en el sentido de Husserl, — como la esencia de lo jurídico y de sus formas, presente en todas las manifestaciones del Derecho. Así, el objeto de la Teoría pura del Derecho estaría constituído por estructuras esenciales, por esencias formales universales, que son el perfil apriorístico del Derecho y el esquema fundamental de la ciencia sobre el mismo (1).*

Finalmente, el problema capital de una auténtica Filo-

(1) Esta objetivación de las formas jurídicas, como esencias dadas en los mismos datos jurídicos, ha sido ensayada por dos discípulos de KELSEN, que a la vez lo son de HUSSERL, por FÉLIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaft,* 1922; *Die Kriterien des Rechtes,* 1924; y por FRITZ SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes,* 1924. Cfr. asimismo mi reciente trabajo: *Los temas capitales de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y en visión de futuro,* 1934.

sofía del Derecho y del Estado, consistirá en lograr sobre lo jurídico y estatal su verdad primaria, integrándola en una concepción plena y total, ésto es, en una Filosofía general; y articular subsiguientemente, en esa verdad primaria, los restantes temas sobre lo jurídico, los cuales forzosamente habrán de depender de ella. Mas para desarrollar tal tarea no es este el lugar adecuado. Baste aquí con indicarla.

LUIS RECASÉNS SICHES

Madrid, marzo 1934.

ADVERTENCIA DE LOS TRADUCTORES

Lo que ofrecemos aquí, es una fiel traducción española de este atractivo Compendio de Kelsen, no una libre interpretación del mismo, que es lo que dió en lengua francesa Charles Eisenmann. No se nos oculta que, a menudo, el lector se sentirá fatigado y tendrá que volver sobre sus pasos; no lo achaque a nuestra labor. Piense que se trata de una obra que encierra, en reducísimas dimensiones, doctrina muy enjundiosa, que representa algunos puntos de vista harto revolucionadores dentro de la Teoría jurídica, los cuales obligan a desprenderse de sedimentos ideológicos tradicionales. Las repeticiones de un término, las consonancias (fonéticamente harto desagradables), se suceden con frecuencia. Sepa el lector que todavía abundan mucho más en el texto alemán; sin menoscabar el imperativo de fidelidad, que ha sido nuestra norma, hemos logrado, no obstante, aminorar considerablemente los machaqueos desagradables de una misma palabra; además, hemos desglosado en párrafos sencillos las frases excesivamente largas del original alemán. Sin embargo, al no iniciado en la ideología de Kelsen, es posible que la lectura de este libro le exija a veces un esfuerzo de atención. No lo regatee, pues bien merece la pena. El pensamiento de Kelsen forma una construcción diáfana, sin reductos confusos u obscuros. Si tal vez en algún pasaje parece difícil, es debido, en parte, a la extraordinaria concisión y al peculiar estilo en que está escrito este librito, y, en parte también, a la novedad que

sus ideas representen para quien penetre por vez primera en la obra kelseniana.

El estilo en que el Prof. Kelsen ha redactado este compendio, no es, por cierto, muy literario. La traducción castellana tenía que adolecer, claro está, del mismo carácter para lograr una pulcra fidelidad. No quiere esto decir que se trate de una versión literal; tal cosa, es absolutamente imposible al transvasar un texto alemán a los moldes latinos. Para ello es siempre forzoso un margen de considerable libertad. Pero sólo la hemos usado en lo indispensablemente preciso, procurando que el texto español conserve en todos sus pasajes el sabor y espíritu del original. Una traslación interpretativa hubiera resultado más fácil para el lector. Pero con ella no llegaría a conocer tan exactamente a Kelsen: perdería la sensación de extraordinario rigor mental que proporcionan todos los escritos.

Pero en esta segunda edición hemos reelaborado totalmente la traducción, procurando, sin merma de la fidelidad, dar al texto castellano mayor soltura y facilidad de las que tenía en la primera versión.

INTRODUCCION DEL AUTOR

Bajo el título "Teoría general del Estado", suelen englobarse tradicionalmente una serie de problemas concretamente determinados. En primer término, la *esencia* del Estado, la cual se deduce estudiando sus relaciones con la Sociedad, con la Moral en general y con la Política en particular, y también de modo preferente con el Derecho. Después, la teoría sobre los llamados *elementos* del Estado (poder público, territorio y pueblo). A continuación de esto, las teorías sobre los *poderes* o *funciones* del Estado (Legislación, Jurisdicción y Administración), y sobre los *órganos* del mismo, y sobre sus *formas* (Monarquía y República). Y de ordinario se cierra el sistema con la doctrina sobre las *uniones de Estados*.

La resolución del problema acerca de si la "*Teoría general del Estado*" merece tal nombre, es decir, de si tiene derecho a valer como una disciplina autónoma, depende de que todas las cuestiones mencionadas puedan constituir un sistema unitario necesario y cerrado. Hasta el presente, todavía no se ha mostrado claramente la conexión interna de sus problemas. La "Teoría general del Estado" perderá este carácter de conglomerado más o menos arbitrario y podrá legitimarse como Ciencia auténtica, cuando logre

desenvolver y solucionar, *partiendo de un único principio fundamental,* todos los problemas abarcados bajo esta denominación.

Esto es lo que me propongo intentar aquí. En este compendio, en el que esquematizo una Teoría general del Estado, reproduzco, a modo de breve resumen, el contenido de otro libro mío más extenso (Allgemeine Staatslehre-Teoría general del Estado, 1925), prescindiendo de sus argumentos polémicos contra las doctrinas dominantes.

HANS KELSEN

Viena, 1926.

I. LA ESENCIA DEL ESTADO

1. *El Estado como orden. Orden natural y orden normativo. Ley natural y norma. Eficacia y vigencia.*

El Estado es una *ordenación* de la conducta humana. Cuando se llama al Estado *asociación* o *unión,* se supone con ello de antemano, que estos vínculos, es decir, este *hallarse ligados* los hombres, a lo cual denominamos Estado, se establece o, mejor dicho, consiste en que la conducta recíproca de los mismos está ordenada de determinado modo. Ahora bien, de *ordenación* puede hablarse en un doble sentido: se habla de ordenación u *"orden de la naturaleza"*, y se piensa con ello que los objetos o fenómenos de la misma se comportan de hecho en una forma determinada — en aquella forma expresada por las leyes de la naturaleza; — es más, que necesariamente tienen que comportarse así. Esta necesidad es expresión de la ley general de causalidad, de la cual las leyes naturales son un caso especial. Por esto, es imposible que un objeto o fenómeno de la naturaleza pueda comportarse de modo diverso del que se determina en el orden de aquélla; es imposible que pueda constituir una contradicción de una ley natural o que pueda violarla. Esto sería absurdo. Si una cosa se comportara bajo determinadas condiciones de modo distinto al previsto hasta entonces por una ley natural, tendríamos la prueba de que la ciencia había formulado erróneamente esta ley: y sería entonces obvia la necesidad

de corregir la anterior enunciación de la ley, darle una nueva fórmula, dentro de la cual cupiese de un modo regular el nuevo hecho o fenómeno. El orden de la naturaleza es, sencillamente, la suma o el sistema de las leyes naturales.

Pero la palabra *ordenación,* se emplea también en un significado radicalmente diverso del anterior. Se habla de ordenación para designar, no un sistema de leyes naturales sino un sistema de normas, de preceptos. ¿Qué son las normas? Las normas no expresan lo que de hecho acontece y *tiene* que acontecer forzosamente sin excepción, sino que determinan lo que *debe* acontecer; aunque de hecho no siempre acontezca de esa suerte. Tal ordenación normativa, racionalmente, sólo puede tener por objeto una conducta humana. Cuando se refiera a otros objetos o hechos, éstos son tomados en relación esencial con un comportamiento humano, ya como condiciones, ya como efectos del mismo. Claro está que la conducta humana puede también ser contenido del orden natural. Mas desde el punto de vista de una ordenación normativa, el hombre está obligado a comportarse de determinada manera, a hacer esto u omitir aquello. Ahora bien, si uno no se conduce del modo prescrito, si se deja de hacer aquello a lo que se está *obligado,* o si se hace aquello de lo cual *debe* uno abstenerse, la ordenación normativa (la norma) no sufre nada en su esencia por tales hechos contrarios. Se dice ciertamente que la norma o el ordenamiento ha sido lesionado, violado o quebrantado; pero esto no significa en modo alguno que dicha norma haya cesado de estar vigente. Ahora bien, en esta vigencia consiste precisamente la existencia específica del orden normativo. Y esta vigencia no depende directamente de una realidad correspondiente o coincidente con este orden, de una realidad de tipo natural. Las normas "no debes robar" o "no debes

mentir", perduran incólumes en su vigencia, aun cuando en la realidad, tal o cual hombre robe o mienta. Las leyes de la naturaleza son el modo como los hechos acontecen: los hechos empero — entendiendo ahora por tales, las acciones u omisiones de los hombres — *deben* ser conformes a las normas. Mas este *deber normativo* no entraña necesidad causal.

2. *El Estado como autoridad: la subordinación al mismo.*

Cuando tratamos de entender el sentido específico en que generalmente se habla del Estado (y de modo particular el que le atribuye la teoría general del mismo), nos vemos precisamente obligados a comprobar que, la ordenación llamada Estado, tiene, ante todo, el sentido de un orden *normativo*. Únicamente partiendo de este supuesto, es posible comprender determinadas afirmaciones que encontramos a cada paso: sin ello, sería forzoso atribuir a las mismas una significación mística. Así, en primer término, aquella afirmación según la cual el Estado debe ser concebido esencialmente como *autoridad;* y consiguientemente, la relación del Estado con los hombres cuya conducta regula en su ordenamiento, como una *relación de supraordinación y de subordinación* (respectivamente); y que éstos deben ser considerados como *súbditos* del Estado. No se puede entender la esencia del Estado, sino pensando en que del mismo emanan deberes que obligan a los hombres a una conducta recíproca determinada, en tanto que permanecen dentro de la sociedad política. Para que podamos pensar el Estado como una autoridad (que se halla por encima de los sujetos que lo forman), es inexorablemente necesario que lo concibamos como una ordenación normativa, que obliga a los hombres a un determinado comportamiento. Sólo lo po-

demos pensar como autoridad, en tanto que sea un sistema de normas reguladoras de la conducta humana.

Se habla ciertamente también de la "autoridad de la naturaleza", y de que ésta prescribe una conducta a las cosas; y de que las cosas son súbditas de la naturaleza. Pero claramente salta a la vista que aquí se trata sólo de una analogía — no demasiado exacta; — efectivamente se compara la naturaleza — regida por un Dios o por unas leyes naturales — con el Estado regido por un rey o por unas normas jurídicas. Y esto se comprende fácilmente si tenemos en cuenta que los hombres pensaron primero sobre sí mismos y sobre sus mutuas relaciones y que la ciencia más antigua fué la Política. Y así, posteriormente, la ciencia de la naturaleza se sirvió de conceptos elaborados por la ciencia política para la comprensión del Estado; y de esa suerte se vino a imaginar la naturaleza como un gran Estado. Es un hecho que el concepto de ley natural se derivó del concepto de norma; ahora bien, con ello experimentó un cambio total de significado.

3. *El Estado como voluntad supraindividual.*

Pero no sólo se ha caracterizado el Estado como *autoridad:* se le suele designar también como *voluntad;* bien cuando se afirma que es esencialmente voluntad, ya cuando se comprueba que tiene por esencia una voluntad. Cierto, desde luego, que la voluntad del Estado (o el Estado como voluntad), se sirve de hombres singulares y de sus voluntades, a modo de instrumento: pero la voluntad del Estado es algo distinto de la voluntad de los hombres que le están sometidos; es algo más que la suma de estas voluntades; está por encima de ellas. Ahora bien, todas estas afirmaciones sólo constituirán algo con sentido auténtico y específico (y no meros extravíos de

una Psicología mística que operase con ficciones), a base de que esa misteriosa voluntad del Estado, sea entendida únicamente como expresión metafórica para designar *la vigencia* objetiva de *la ordenación normativa que llamamos Estado,* pues en sentido psicológico no hay más voluntad que la de los hombres individualmente considerados, fuera de los cuales no existe ninguna otra. Esta *validez* o *vigencia normativa* o del *deber ser (Sollgeltung),* constituye la esfera de existencia específica del Estado.

4. *La acción o eficacia del orden estatal: norma y representación psicológica de la misma.*

Cosa distinta es la *eficacia* del orden estatal o político. El orden estatal no solamente acatado tiene vigencia, sino que hasta cierto punto es también *eficaz;* no sólo *debe* ser observado sino que de hecho *es* también observado en mayor o menor grado. De ordinario, la conducta (de hecho) de los hombres corresponde al contenido del orden estatal. Sin embargo, precisa advertir que bajo esta expresión, late un equívoco que lleva a grandes errores. No son propiamente las normas, o el orden normativo considerados en su vigencia específica los que se manifiestan como "*eficaces* o *influyentes*". Lo que influye o actúa sobre la conducta, no es el orden normativo pura y simplemente, sino el hecho de que los hombres se *representen* en la conciencia la norma o el orden; y es precisamente el hecho de esta representación lo que actúa, induciéndoles a un comportamiento coincidente con la misma. Por ejemplo, un hombre que se siente inducido a quitar algo a otro, se acuerda del mandato estatal: *no debes robar,* y bajo la influencia de esta representación omite el robo. La *norma* como tal, es un ente extrapsicológico: es la expresión de un *deber ser; y su vigencia* no pertenece al reino *del ser* (entendido éste como *naturaleza regida por la ley de causalidad).*

En cambio, la representación que tiene por objeto o como contenido una norma, el acto psíquico que es soporte espiritual de la norma, es un puro hecho psicológico; puede funcionar como causa y efecto, pues se halla colocado en la esfera del ser natural. En este sentido puede *actuar* o resultar eficaz; es decir, motivar la conducta del hombre que cumple la norma; o sea provocar este comportamiento de un modo causal. Por esta razón debemos distinguir con toda claridad entre la norma que es vigente, y la representación de la misma, que es lo que *actúa* (psicológicamente). Si muchas veces en el lenguaje ordinario se distingue meramente entre validez o vigencia, y acción (o influencia) de la norma, representa esto una abreviación verbal, sólo admisible sobre el supuesto de que se tenga conciencia clara de los dos conceptos diversos que en este caso son expresados por la palabra norma.

5. *Relación entre la vigencia y la eficacia del orden estatal. Normatividad y facticidad.*

El hecho de que la ordenación llamada Estado no sólo se encuentre en validez o vigencia normativa, sino que también sea algo *actuante* o *influyente* en el sentido antes expresado, no debe inducirnos a suponer que sea un orden del *ser*, algo perteneciente a la naturaleza real; a suponer que no esté formado por normas, sino por leyes naturales. En ningún caso estaría justificada tal opinión; por más que deba concederse que un orden estatal, solamente puede considerarse vigente cuando la representación del mismo sea eficaz hasta un cierto grado; esto es, cuando los hombres cuya conducta es regulada por el orden normativo, se conduzcan ordinariamente de acuerdo con él, merced a la acción motivadora que la representación de este orden ejerce en su conciencia. Acaso quepa afirmar provisionalmente que una cierta eficacia (o cum-

plimiento efectivo) del orden estatal, es condición *sine qua non* para la validez (o vigencia) de ese orden; pero no condición *per qua*. Ahora bien, considerando la cosa de un modo más riguroso, veremos que resulta indiferente que la conducta de los hombres, adecuada ordinariamente al orden normativo (que se supone vigente), sea o no motivada por la representación (en la conciencia) de ese orden. Aun cuando es ciertamente muy difícil determinar la causa por la cual los hombres se comportan conforme al orden estatal, cabe, sin embargo, afirmar con cierta seguridad aproximada, que en muchos casos no es, o por lo menos no es solamente, la representación de un mandato del Estado lo que los induce a una conducta de acuerdo con el mismo. Lo que induce a los hombres a no robar, a devolver un préstamo, o declarar verazmente sus ingresos al Fisco (con fines tributarios), son a menudo, representaciones religiosas o morales. Lo que lleva a los hombres a obedecer los mandatos del Estado, no es muchas veces el miedo a la pena o al procedimiento ejecutivo (bajo cuya sanción se encuentra la norma estatal), sino el pensamiento en Dios, en el bien del prójimo, o en el respeto social. La relación que existe entre la vigencia del orden estatal normativo y la esfera de la conducta real, debe ser expresada en la forma siguiente: un orden estatal es supuesto como válido normativamente, sólo cuando la conducta efectiva de los hombres, a los cuales se refiere, coincide hasta cierto grado con su contenido. Sería, desde luego, algo sin sentido, suponer un orden estatal al cual no se conformara de ningún modo la conducta real de los hombres. Tan sólo alguna que otra cabeza extraviada puede suponer como todavía vigente hoy, el orden estatal de la Rusia zarista y declarar como ilegal todo cuanto ha acontecido desde la revolución soviética acá, fundándose en que el viejo orden no fué cambiado de *modo legítimo*.

Pero tal opinión es a todas luces insensata. ¿Qué sentido puede tener que consideremos como *vigente* un orden normativo que no consigue en la conducta real de los hombres, ni siquiera un solo hecho de cumplimiento o adecuación? Pero de otro lado y por el contrario un orden normativo tampoco supone que toda la conducta efectiva de todos los hombres que le están sometidos aparezca adecuada plenamente al mismo. El contenido de un orden normativo debe ser de tal manera, que se dé la posibilidad de una contradicción entre los actos reales particulares y la norma. Tiene que ser posible obrar contra la ordenación: ésta tiene que poder ser violada, porque de otro modo no poseería el carácter de un orden normativo. Una norma que rezase: "debe suceder lo que realmente sucede", o "debes comportarte del mismo modo como realmente te comportas", tendría de norma solamente el nombre, pero en cuanto a su sentido íntimo no sería propiamente norma. Nótese que una norma con tal contenido ofrecería la garantía de que jamás sería posible una contradicción entre ella y la realidad; ahora bien, una norma tal no tendría sentido. La relación problemática, entre el contenido de un sistema de normas vigentes y el contenido de los hechos reales subordinados a dicho sistema, puede sólo determinarse comprobando que hay un límite superior y otro inferior: la divergencia no puede ir más allá de un máximo, pero tampoco puede descender bajo un mínimo. Este problema es, pues, mucho más complicado de lo que apetecería el sentido común.

6. *El Estado como poder.*

Es posible que, después de lo expuesto, se me conceda que el Estado es un orden normativo. Pero supongo que, sin embargo, muchos no querrán aún renunciar a la opinión de que el Estado es, si no exclusivamente por lo

menos *también,* un poder, una fuerza: o dicho en otras palabras, que el Estado además de un orden normativo, es también un *ser natural* del cual emanan *efectos naturales.* Probablemente se aducirán como ejemplo, aquellas instituciones en las cuales suele manifestarse de un modo típico el poder del Estado; los cañones, las ametralladoras y las bombas de gases, las fortalezas y las cárceles, las horcas y la guillotina. Ahora bien, todas estas cosas son en sí meros objetos inanimados sin *sentido:* su significación propia la obtienen sólo en cuanto los hombres se sirven de ellos; pero el que los hombres lo hagan es, en definitiva, un efecto de ciertas representaciones por las cuales están dominados, a saber: la representación de *deber* de obrar tal y como lo mandan las normas estatales. Cuando se habla de un poder del Estado, éste no puede sino consistir en la fuerza motivadora de las representaciones que tienen por contenido el orden u ordenación estatal; o sea usando la antedicha expresión abreviada en la *eficacia* o *influencia* del orden estatal. Si se piensa, atendiendo sólo a la cara superficial de los fenómenos, que la existencia del Estado descansa propiamente en esta *influencia* o *eficacia,* entonces con esta realidad del Estado, no hemos postulado otra cosa de lo que pasa con la existencia de ciertos entes, los cuales existen sólo en cuanto se cree en ellos. Ahora bien, si se tiene en cuenta lo que he dicho antes sobre las causas de la conducta legal de los hombres, resultará muy difícil decidir cuál sea la parte de realidad que, de este *poder del Estado,* corresponde o debe atribuirse de hecho a éste, y qué parte a otros motivos o poderes (morales, religiosos, etc.). Y así resultaría que la existencia del Estado habría quedado reducida a algo puramente subjetivo. Pero lo que aquí buscamos es cabalmente un criterio objetivo. Ahora bien, el Estado representará algo objetivo, sólo si lo conce-

bimos como la validez o vigencia del orden normativo que en él se expresa.

7. *La imputación al Estado.*

Acaso desde el punto de vista de un empirismo extremo, se objetará contra el proceso ideológico que acabo de exponer que es demasiado deductivo porque arranca de la idea de una *validez* o *vigencia* específica, en la cual precisamente se hace consistir la existencia del Estado. Cierto: se trata de una existencia no *empírica*, de una existencia diversa de la que se predica de los hechos de la naturaleza. Efectivamente, si en busca del concepto del Estado, proyectamos primero la atención sobre la *realidad propiamente llamada tal*, es decir, sobre los objetos perceptibles por los sentidos, no veremos más que acciones humanas, tan sólo un inmenso conjunto de actos individuales. Ahora bien, ¿cuál es el carácter por medio del cual puedo distinguir algunas acciones como *actos* del *Estado*, de otras que no lo son? ¿Cuál es el criterio merced al cual ciertas acciones humanas no se atribuyen al hombre que las efectúa, sino que a través de él se imputan a otro ente supuesto detrás de él, a un sujeto ideal, en una palabra al Estado? Para la mera percepción sensible, para una consideración exclusivamente empírica e inductiva de la realidad, no hay más que actos individuales. La afirmación de que determinados actos son considerados como actos del Estado (y para una visión empírica el Estado se da únicamente en estos actos que se le atribuyen), es una cualidad no perceptible por los sentidos. Para llegar al concepto del Estado como soporte o sujeto de esos actos es indispensablemente precisa una operación mental que designaré con el nombre de *imputación* ("Zurechnung"). Sólo llegamos al Estado en tal sentido, mediante ese juicio de imputación. El Estado, como sujeto de los *actos estatales*, es un *centro de imputación*. Ahora bien,

el criterio para que ciertos actos humanos puedan ser concebidos como actos del Estado, es decir, para que puedan ser imputados al mismo, es única y exclusivamente el siguiente: *que estos hechos — y sólo ellos — correspondan de una manera específica a un orden que se ha supuesto en vigencia:* o sea que coincidan con las normas integrantes de dicho orden, las cuales regulan los actos de determinados hombres en ciertas condiciones. Su calificación como *estatales,* en primer término no significa sino que estos actos corresponden o coinciden específicamente con el orden estatal, en tanto que están regulados por este orden y situados dentro del mismo; por cuya razón pueden ser referidos a la unidad de dicho orden. El Estado como sujeto de estos actos, no es más que una *expresión personificadora de la unidad de este orden.* La referencia de estos actos a la unidad del orden — en méritos de la norma que estatuye el acto en cuestión, — constituye la *imputación* al Estado. *El Estado es el punto final común de imputación de todos los actos estatales* (cualificados así, de un modo específicamente normativo), es *el punto común de encuentro para la imputación de todos los hechos calificados como actos del Estado.*

8. *La imputación natural y la normativa.*

El carácter propio de esta operación mental, llamada *imputación normativa,* que es algo fundamentalmente diverso del tipo de conocimiento propio de las ciencias naturales (que tienen por objeto la realidad natural), lo comprenderemos con mayor claridad si lo comparamos a un proceso análogo llamado también imputación, que se da dentro de dichas ciencias naturales. Se afirma, por ejemplo, que el pájaro canta, cuando en realidad sólo está en funciones una parte del organismo — la garganta; — dícese también, que el *árbol florece,* aunque sea sólo un

pequeño tallito de una rama el que soporta una única flor. Así, pues, la función de una parte es referida o atribuída al todo: se imputa un acto al todo, considerado éste como sujeto unitario, como *soporte*, porque se verifica dentro del sistema del todo. Ahora bien, ¿será por ventura el Estado un organismo natural que está compuesto de hombres — en calidad de órganos, — en el mismo sentido en que un organismo vivo lo está de sus células o complejos celulares relativamente independientes (o sea órganos en sentido estricto: corazón, ojos, etc.) ? De ninguna manera: a una conclusión tan precipitada solamente podría llegarse olvidando la *diferencia fundamental* que media entre ambas clases de imputación. La imputación *natural* se refiere a un *todo*, cuya unidad nos es dada inmediatamente en la percepción sensible. Al árbol o al pájaro se le ve y se le toca como *un ser*. En cambio, el Estado como unidad, no puede ser visto, ni oído, ni tocado. A la percepción sensible, le son dadas únicamente acciones humanas individuales, las cuales no pueden ser entendidas como actos del Estado, mientras caigan exclusivamente bajo el dominio de la consideración propia de las ciencias naturales, y se prescinda de todo otro supuesto. Para entresacar del inmenso número de hechos, sólo aquellos calificables como actos del Estado, precisa una específica operación mental, a saber, la suposición de un orden normativo vigente. Ahora bien, aquel elemento que, como parte de un todo, es órgano de un organismo natural, lo es de un modo completo en todas las direcciones de su actividad, y en todas sus funciones. Cualquier variación que acontezca a la parte más pequeña de un organismo es un movimiento siempre referible al todo: cuando funciona, sea como sea, una parte cualquiera, en ella funciona todo el organismo a fuer de soporte o sujeto de las funciones de todas sus partes. Pero lo que ocurre con el organismo

social o Estado es algo muy diferente. Cuando se dice que el Estado está formado por hombres, olvídase que el hombre sólo pertenece al Estado (aún el más omnipotente) de sus funciones. No todo lo que haga un hombre que sea ocasionalmente órgano del Estado, es acto de éste. Un hombre (investido del cargo de juez) realiza actos que desde el punto de vista estatal, son totalmente indiferentes; actos que están por completo fuera del orden estatal, por cuanto a una parte muy pequeña de su ser o, mejor dicho, ejemplo, cuando va a pasear con sus hijos. Realiza un acto del Estado, es órgano de éste, cuando pronuncia un juicio con palabras determinadas, en un lugar determinado, en un proceso determinado, en determinadas circunstancias, y regulado de antemano todo ello por una norma vigente. Precisamente por eso, es necesario aquí un principio de selección para hacer resaltar entre los actos todos de un hombre investido con la calidad de órgano del Estado, aquellos que pertenecen al sistema de éste. Tal principio de selección — que para la imputación natural (de la Zoología, Botánica, etc.), resulta superfluo, — es la *norma:* sólo en virtud de ella puede calificarse el acto en cuestión, como acto del Estado. *Sólo merced a la norma puede decirse que en dicho acto obra el Estado.* Por eso existe en el reino de lo social, un fenómeno que es totalmente desconocido en los dominios de la naturaleza; a saber, la *nulidad, el acto nulo* del Estado. Pues un acto humano, puede surgir con la pretensión subjetiva de valer como acto del Estado, sin ser objetivamente tal, y entonces tenemos un acto nulo del Estado; y es nulo porque no corresponde a las exigencias que impone el orden estatal con respecto a un acto de esta especie; y estímulo no sólo en sentido jurídico, sino también en sentido social, si es que se quiere distinguir entre ambos puntos de vista. En cambio, en el reino de la natu-

raleza, de los organismos naturales, no hay en absoluto actos o hechos nulos.

9. *El Estado como orden ideal.*

Lo que convierte en acto del Estado al hecho natural de la acción humana, que se manifiesta sensiblemente en el tiempo y en el espacio, lo que la eleva por encima de la esfera de la naturaleza a otra esfera regida por leyes distintas, no es sino la *interpretación* característica que recibe en méritos de una ordenación (supuesta vigente) a la cual hemos reconocido como Estado. Por consiguiente, esta ordenación es concebida como un esquema de interpretación, como un sistema ideal, con cuya ayuda interpretamos ciertos actos reales como actos del Estado, en tanto que comprobamos su coincidencia con el contenido de este sistema normativo. Quien únicamente se sienta seguro en el reino de la realidad natural, quien crea que sólo existe lo perceptible por medio de los sentidos, puede consolarse pensando que en definitiva, mediante un esquema ideal sólo pueden ser interpretados hechos reales, es decir, perceptibles a través de los sentidos. Acaso haya también quien afirme que el Estado no es el sistema ideal destinado a la interpretación de determinados hechos, sino que precisamente el Estado consiste en aquellos mismos hechos reales, interpretados a través de un determinado orden ideal; creyendo con esto que así se ha salvado la realidad natural del Estado. Ahora bien, de nada aprovecha esta pequeña confusión, cuando al fin y al cabo hay que confesar que estos hechos reales, *como tales,* no tienen carácter estatal, sino que todo lo que es estatal fluye precisamente de aquel orden aquel orden ideal; porque todo cuanto de esencial puede decirse del Estado, debe ser dicho por este orden ideal; o expresándolo de otro modo más exacto: todo juicio sobre el Estado es siempre una enunciación sobre la esencia y

contenido de este orden normativo ideal. Esto lo probaré al examinar el contenido de la *Teoría general del Estado.*

10. *El carácter normativo de los productos sociales.* El Estado, en cuanto a su carácter normativo, no se distingue esencialmente de otros complejos sociales. También éstos solamente pueden ser concebidos como sistemas de normas. En efecto, la esencia de toda unión social sólo puede comprenderse bajo la idea del ligamen que constituye el sentido específico de la norma. El modo específico de estar ligado socialmente, la textura o entresijo social, no es, en verdad, más que una obligación, a saber: el deber mutuo de los hombres, de comportarse como determina un orden normativo constituído. Es imposible buscar la esencia de la sociedad en cualquier relación de puro hecho, en modos de conducta humana meramente de facto y determinada causalmente. Desde un punto de vista tal, no se comprendería por qué ha de tener sólo carácter social el comportamiento de hombre a hombre, y no el del hombre con respecto al animal o a la naturaleza inanimada. Si se consideran solamente relaciones de hecho — y tales relaciones lo pueden ser sólo de causa a efecto — entonces entre dos hombres no existe una relación esencialmente distinta de la que se da entre un hombre y un árbol (que sea, v. g. derribado por el hombre), o entre una llama de alcohol y la columna de mercurio que se dilata al ser calentada por aquélla. Ahora bien, cabalmente, porque la conducta humana y sólo ella constituye el objeto propio de una regulación normativa, es por lo cual la unión social se considera como *ligamen* o *vínculo normativo,* como *deber*. Sólo gracias a éste cabe considerar la sociedad como un objeto distinto de la naturaleza; y por igual razón la *Teoría de la Sociedad* constituye una disciplina independiente y aparte de la *Ciencia de la Na-*

turaleza. Por consiguiente, todos los intentos de fundar la Sociología como una especie de ciencia natural, han de conducir a una disolución de dicha disciplina. Llevada por esa senda la Sociología se convierte en Psicología individual. Y otras veces lo que ocurre es que, bajo la vestidura de una terminología naturalista, albérganse razonamientos ético-*políticos*, cayendo, pues, al fin de tal manera en el reino de las normas. Sin penetrar, por lo demás, de un modo detallado en esta cuestión, adviértase, no obstante, que la oposición entre naturaleza y sociedad (que es una oposición entre *ser* y *deber ser*, entre ley natural y norma, entre *realidad* y *valor)* coincide también en lo esencial con la oposición entre naturaleza y espíritu. Como fenómeno social, el Estado encuentra su asiento, no en el reino de la naturaleza, sino en el del espíritu.

11. *El Estado como orden coactivo.*

Si el Estado es como todos los demás productos sociales, un *orden* (un sistema de normas), entonces para determinar su concepto, se impone la tarea de diferenciarlo de las otras comunidades sociales. El orden estatal se diferencia, ante todo, de los demás órdenes sociales, en que es *coactivo;* y no sólo, en el sentido de que la pertenencia a él, es independiente en cierto grado del deseo y de la voluntad de los hombres que al mismo se encuentran sometidos, pues esto el Estado lo tiene de común con otros órdenes sociales. Este carácter coactivo tomándolo en su fundamento, no consiste en otra cosa sino en la *vigencia objetiva de las normas*. El orden estatal es coactivo, especialmente en el sentido de que *ordena una coacción*. Sus normas se caracterizan porque estatuyen un acto específico de coacción, el cual en determinadas condiciones debe ser ejecutado por un hombre contra otro. El esquema del precepto jurídico es, pues: Bajo la condición de que un

hombre se comporte de una manera determinada, es decir, que haga u omita algo determinado, otro hombre — esto es, el *órgano del Estado* — debe ejecutar un acto de coacción contra el primero. Existen dos actos típicos de coacción, a saber: la pena y la ejecución forzada. El fin de esta amenaza coactiva es provocar una conducta de los hombres que haga innecesaria la coacción. Conforme a este fin, los hombres deben comportarse de tal modo que su conducta no constituya el supuesto para que se produzca la consecuencia coactiva. La conducta de los hombres que se propone como fin el orden estatal, debe ser alcanzada en tanto que éste vincula a la conducta opuesta (o contradictoria) una pena o un procedimiento ejecutivo.

12. *El Estado es el orden jurídico.*

De lo dicho, se deduce que el aparato coactivo, al que se suele hacer referencia para caracterizar al Estado, es idéntico al orden jurídico. Las normas que forman el orden estatal son las jurídicas. La norma jurídica es la regla de imputación en virtud de la cual se produce la imputación al Estado. Éste, como sujeto de los actos del Estado, es sólo la *personificación del orden jurídico*. La proposición jurídica, como específica ley jurídica, es en el reino del Derecho y del Estado el elemento análogo a la ley natural. De modo análogo a ésta, también el precepto o proposición jurídica une conjuntamente dos o más hechos en un juicio hipotético. Las dos partes constitutivas del precepto o proposición jurídica unidas conjuntamente por el vínculo del "*deber ser*" son: la condición jurídica (el hecho condicionante) y la consecuencia jurídica (el hecho condicionado). La consecuencia jurídica, es decir, el acto coactivo, que constituye la específica *reacción del Derecho*, es también al propio tiempo la *acción específica del Estado* — como aparato de coacción — ; es, en suma, el *acto*

del Estado: el hombre determinado para ponerla en práctica, es el *órgano del Estado*. Ya veremos más adelante como además de estos conceptos jurídico-esenciales, que tienen carácter formal, del acto del Estado y de sus órganos, hay otros conceptos de índole material (es decir, de contenido jurídico) ; y así también junto al concepto formal y jurídico-esencial del Estado, existe un concepto material (o de contenido jurídico) del mismo.

13. *El precepto jurídico; el sujeto de derecho; el derecho subjetivo; la norma jurídica primaria y la norma jurídica secundaria.*

La diferencia decisiva entre la ley natural y la ley jurídica, expresada ésta en el precepto o proposición jurídica, consiste en lo siguiente: en la ley de la naturaleza, el modo de relación de los dos hechos en el *tener que ser (müssen)* o forzosidad fatal de la causalidad; en la norma jurídica los dos hechos están vinculados por el *deber ser (sollen)* de la imputación. Ahora bien, si a este enlace de dos hechos en la norma jurídica (establecida por el *deber ser)* lo llamamos *imputación*, entonces ésta viene a constituir en el reino del sistema jurídico o estatal el principio análogo a lo que la causalidad representa en el reino de la naturaleza. Aquel vínculo de imputación que hasta ahora solamente se había denominado así en el campo del Derecho penal, se presenta después de lo dicho como un mero caso especial del *principio general de imputación*. Es el castigo lo que se imputa al hecho delictivo. Ahora bien, además de esta imputación, de un hecho (la consecuencia jurídica) a otro hecho (la condición jurídica), hay otro tipo distinto de imputación: la imputación de un hecho a una persona. Esto ocurre cuando referimos un hecho *a la unidad del orden* (total o parcial), dentro del cual este hecho está prescrito

(por una norma) como *debido*. La imputación al Estado es un caso de este último tipo de imputación: y, por consiguiente, la persona del Estado es la más amplia y comprensiva, es la personalidad total del Derecho; mientras que todas las demás personas (o sujetos) jurídicos, se presentan sólo como personificación de partes del orden jurídico. Efectivamente, si separamos del orden jurídico aquellas normas que regulan la conducta de un hombre, y las concebimos aparte como formando una unidad, determinamos con ello el concepto de la llamada *persona física* o individual: ésta es la personificación de ese orden jurídico parcial. Pero si delimitamos conforme a cualquier punto de vista el conjunto de normas que regula la conducta *recíproca* de un conjunto de hombres, esa parte de la ordenación jurídica, u orden parcial, reducido a unidad es lo que constituye la llamada *persona jurídica* o colectiva.

Así, pues, el sujeto de derecho no es una substancia aparte y fuera del orden jurídico, distinta de él, sino el mismo orden jurídico concebido unitariamente, es decir la personificación del orden jurídico, bien de su totalidad (Estado), bien de algunas de sus partes delimitadas según criterios diversos.

De igual modo el llamado *derecho subjetivo*, no es algo distinto del Derecho objetivo, sino éste mismo mirado desde un especial punto de vista. Por la expresión *derecho en sentido subjetivo*, debe entenderse en primer término el deber jurídico; es decir, la norma jurídica en relación con un hombre determinado, en tanto que le obliga a aquella conducta, cuya oposición contradictoria constituye la condición del acto coactivo (pena o ejecución forzada) establecido en la norma. El deber jurídico tiene, pues, por contenido aquella conducta, cuyo logro — según ya vimos anteriormente — es lo que se propone como fin el orden estatal. Llamo *norma jurídica secundaria* a

este deber jurídico formulado en una norma, cuya validez se funda en el supuesto de que uno *debe* conducirse de tal suerte, que no haya de ser aplicada la sanción coactiva: dicho de otro modo, de que *debe ser evitada* la realización del acto coactivo ordenado para determinadas circunstancias por el orden estatal. Así pues, la regla en que se expresa el deber jurídico constituye la llamada *norma jurídica secundaria*. La *norma jurídica primaria* es la norma que ordena la coacción: ella contiene como condición para que se realice el acto coactivo que establece (como obligatorio) precisamente la conducta que contradiga a la norma jurídica secundaria. Para lograr una mejor comprensión de estas ideas se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total (que abraza conjuntamente el primario y el secundario) como una especie de *norma doble*: *"En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre — el órgano del Estado — debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo* (pena o ejecución forzada). La norma secundaria que es la que se encuentra en primer lugar, resulta superflua si se la considera de un modo rigoroso: expresa sólo para una mejor y más fácil comprensión aquel vínculo u obligación derivado de la norma primaria, al cual se denomina aquí *deber jurídico*. Toda proposición o precepto jurídico regula, pues, un *deber jurídico;* pero en cambio no siempre origina una autorización o pretensión *(Berechtigung)*, esto es, lo que suele llamarse un derecho subjetivo — que constituye la segunda forma del derecho en su acepción subjetiva o subjetivación (la primera es el deber jurídico). — Sólo se puede hablar de que exista una autorización, pretensión o derecho subjetivo (en el rigoroso sentido técnico de la palabra) cuando entre las condiciones a las cuales está ligada

la consecuencia jurídica (por el precepto) que figura también la declaración de voluntad de un sujeto al cual se supone interesado en aquella consecuencia; de suerte que la aplicación de ésta depende en algún modo de una declaración de voluntad de dicho sujeto, de tal forma que el orden jurídico dirigido contra el *obligado* se encuentra en cierto sentido a disposición del *autorizado* (o sea de aquella persona cuya declaración de voluntad es una condición para que se realice el acto coactivo contra el obligado; es decir, del titular de ese llamado derecho subjetivo).

14. *El Estado como orden jurídico con órganos que funcionan con arreglo al principio de la división del trabajo: el concepto formal y el concepto material.*

La realización del acto coactivo, de la pena o de la ejecución, originariamente fué confiada por el orden jurídico a aquel cuyos intereses eran lesionados, los cuales obtuvieron precisamente de este modo una protección jurídica. Era al hijo a quien en el caso de que matasen a su padre le correspondía tomar la *venganza de la sangre;* era el mismo acreedor quien tenía que poner mano sobre el son las formas primitivas de la pena y el procedimiento ejecutivo pero también éstas eran realizadas por *órganos.* Pues el hijo que ejecuta sobre el asesino de su padre el castigo previsto por el orden jurídico, y el acreedor que dirige contra el deudor la coacción estatuída por el Derecho, obran sólo como órganos del orden jurídico, como órganos de la comunidad constituída por éste: por la sencilla razón de que las normas jurídicas les autorizan a ello. Y únicamente por esta razón los actos coactivos no son una nueva ilegalidad. Sólo más tarde, al sobrevenir una evolución ulterior, entonces la ejecución de esos actos coactivos se substrae al lesionado y se la convierte en función especial de hombres determinadamente cualificados,

los cuales son llamados *órganos del Estado (sensu stricto)*. Este desenvolvimiento es el fruto de la división social del trabajo. Nada hay que objetar si se quiere emplear únicamente la palabra *Estado,* cuando existan órganos especialmente destinados — por división social del tranica de grado y de ningún modo esencial. Ahora bien, adviértase claramente que entre este orden jurídico organizado con división del trabajo y el orden jurídico primitivo sin ella, existe sólo una mera diferencia técnica de grado y de ningún modo esencial. Ahora bien, lo esencialmente característico a este estadio superior de la evolución, es que la función de los órganos que obran por división del trabajo, es estatuída como un *deber* para los mismos, en tanto que la oposición contradictoria de dicha conducta se halla ligada a una consecuencia, a saber al *castigo disciplinario* — el cual es nota específica del concepto de *órgano del Estado,* en este sentido estricto. — Ahora bien, contenido del órgano del Estado, en sentido estricto puede serlo no solamente el acto específicamente coactivo (imposición de una pena o de un procedimiento ejecutivo, o en su caso, la preparación procesal de estas sanciones), si no puede también determinarse como función del órgano del Estado otra actividad distinta de la sancionadora o coercitiva. Efectivamente, los llamados *órganos del Estado* (en sentido estricto) — que están sometidos a un Derecho disciplinario y son pagados por fondos públicos — pueden ser obligados a desarrollar una labor de fomento de la economía y de la cultura, de beneficencia, etc., etcétera, es decir, a todo aquello que suele llamarse *Administración* en sentido lato. Entonces tendremos que si entendemos por Estado todo ese aparato de organos, de funcionarios, éste desarrollará no sólo la labor jurisdiccional o de declaración del derecho (esto es, la función sancionadora, penal y ejecutiva y su preparación

procesal), sino que además realizará también una actividad administrativa.

De análoga manera, por ese camino, podremos establecer al lado del concepto formal lato del Estado (que abarca el orden jurídico completo, o sea la suma de todas las situaciones jurídicas), otro *concepto material* más estrecho que abarca sólo ciertas normas jurídicas, únicamente ciertos hechos. Así como también, junto al concepto formal de órgano, aplicable a todos los actos jurídicos, se da otro concepto más estricto y material, que envuelven sólo los actos jurídicos realizados por hombres determinadamente cualificados. No obstante — como ya se desprende de esta exposición — el concepto formaal y lato del Estado y de sus órganos, debe valer y funcionar como el primario y fundamental.

15. *El dualismo entre Estado y Derecho.*

He desarrollado las tesis de que Estado y Derecho coinciden, en tanto que el *Estado como orden* es idéntico a la ordenación jurídica — ya total, ya parcial — y de que el Estado como sujeto jurídico o persona, *no es más que la personificación del orden jurídico* — ya total, ya parcial. — Ahora bien, estas tesis contradicen la opinión corriente, según la cual, Estado y Derecho son dos cosas distintas, que se encuentran unidas de una cierta manera. Ordinariamente se concibe al Estado, como "soporte", "creador" y "protector" del Derecho; se hace preceder temporalmente el Estado al Derecho; y se dice que más tarde — en el proceso histórico — se somete más o menos voluntariamente al Derecho; a su propio Derecho; o por así decirlo, se obliga a sí mismo jurídicamente. La construcción teorética correcta de esta relación entre Derecho y Estado, ha sido considerada como el problema más difícil de la Teoría del Estado, la cual no ha sabido aportar

hasta ahora más que resultados llenos de contradicciones. Y esto es harto comprensible, pues el dualismo entre Derecho y Estado, es sólo uno de los numerosos ejemplos de duplicación de un objeto de conocimiento, de los cuales está llena la historia del espíritu humano. La *personificación* que es meramente un medio de conocimiento para apoderarse mentalmente del objeto, sólo una imagen auxiliar para expresar la unidad en la variedad y multiplicidad de las representaciones, se la hipostatiza y se la convierte en un objeto independiente: y así el objeto originario de conocimiento es duplicado, y se crea el problema aparente de la relación entre dos objetos, que en el fondo son uno solo. Ahora bien, los problemas aparentes no pueden *solucionarse* satisfactoriamente, sino sólo *disolverse* en cuanto tales.

16. *Los problemas de la Teoría general del Estado como problemas jurídicos.*

Si se concibe al Estado como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y resolver todos los problemas de la Teoría general de aquél, desde este punto de vista, es decir, como problemas de Teoría jurídica. La exactitud de este supuesto, esto es, de la opinión que afirma que el Estado es el ordenamiento jurídico, se comprueba, no meramente porque sólo es posible obtener así las soluciones apetecidas formando un sistema unitario y cerrado; sino también, porque únicamente a la luz de este supuesto quedan claras las íntimas conexiones entre dichos problemas. Y, efectivamente, todos los problemas de la Teoría general del Estado, son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico; y, por lo tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama *elementos del Estado:* poder, territorio y pueblo, no son más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos

espacial y personal de ésta, respectivamente. Los problemas en torno a la naturaleza de aquellos complejos jurídicos que surgen en virtud de la articulación territorial del Estado representan un caso singular dentro de la cuestión acerca del *campo espacial* de vigencia del orden jurídico: tales son las cuestiones sobre la *centralización y descentralización*; desde qué puntos de vista puede concebirse la descentralización administrativa; las corporaciones de administración autónoma; los Estados particulares dentro de la federación, los fragmentos del Estado, etc.; y de un modo particular las uniones entre Estados. La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico. Los órganos del Estado pueden sólo ser concebidos como situaciones de la producción del Derecho; y las formas del Estado no son otra cosa, más que *métodos de producción del orden jurídico,* al cual se llama en sentido figurado, "*voluntad del Estado*".

Todos estos problemas de la Teoría general del Estado, son o bien problemas acerca de la esencia, esto es, de la forma del orden estatal, o bien cuestiones acerca de su contenido. Con respecto a esto, la investigación trabaja sólo con el *contenido posible,* lo cual produce como resultado *la fijación de tipos.* Dentro de la Teoría general del Estado no hay que plantear la cuestión acerca de la justicia de los contenidos del ordenamiento estatal. Este es el tema de la Política: de la Ciencia Política bajo cuyo nombre puede designarse la disciplina especulativa sobre la teoría política, para diferenciarla de la *Teoría general del Estado. Esta, para conservar la pureza de su método,* tiene que cerrarse absolutamente a todo irrupción de actitudes específicamente políticas.

II. LA VIGENCIA DEL ORDEN ESTATAL

(ESTÁTICA)

A) **La vigencia**

EL PODER DEL ESTADO. LA SOBERANÍA. ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

17. *El Poder del Estado como vigencia del orden estatal.*

Según la opinión corriente, el Estado es una multitud de hombres, que están situados en una parte rigurosamente delimitada de la superficie terrestre, bajo un poder organizado, esto es, ordenado, y por cierto, ordenado jurídicamente. Según esta concepción se reúnen tres elementos de igual valor (el pueblo, el territorio y el poder del Estado) en un *todo* en un conglomerado, el cual — atendiendo a los hombres que lo forman — tendría que ser como un cuerpo que ocupa espacio. Ahora bien, las conclusiones a que hemos llegado imponen una modificación no insubstancial de ese modo popular de concebir el Estado; y así veremos cómo hay que prescindir del hincapié que hace la opinión corriente en el hecho captable y perceptible (sensorialmente), de la existencia de un grupo de hombres que obran o actúan. El Estado no es un hombre o muchos hombres que están bajo un poder ordenado: es un *orden,* bajo cuyo poder están los hombres. Y este poder no es otra cosa sino la *vigencia de este orden,* que es un ordenamiento

jurídico. Si se pregunta en qué y cómo se manifiesta propiamente el poder del Estado, veremos que consiste esencialmente en que "somete" los hombres al Estado; es aquello en virtud de lo cual el Estado "domina" sobre los hombres; aquello en virtud de lo cual los hombres están subordinados al Estado y son sus "súbditos". Todas estas descripciones de la relación característica en la cual se hallan los hombres que forman el Estaado, con respecto al mismo, son sólo expresiones figuradas, para denotar la relación con un orden obligatorio: que un hombre está sometido al poder del Estado significa que su conducta forma el contenido de una norma coactiva, la cual, junto con otras normas coactivas que estatuyen la conducta de éste y de otros hombres, representan un sistema o un orden unitario. El intento de concebir el poder del Estado exclusivamente fundado en un hecho real, cualquiera que fuere, resulta de todo punto imposible. En este sentido, fuerza o poder, sólo puede consistir en una relación de causa a efecto; y especialmente en lo que se refiere a la conducta humana el nudo hecho de poder estribará sólo en la relación de unas causas psíquicas con sus efectos, es decir, en el proceso que suele llamarse *motivación*. Ahora bien, una concepción tal, enfocada sólo sobre la nuda realidad de los hechos efectivos y que sólo tiene en cuenta hombres singulares y su conducta — tanto interna como externa, — *una concepción tal no puede aprehender el sentido específico, en el cual se habla del poder del Estado:* este sentido se le escapa inexorablemente. El hecho de que un hombre provoque causalmente la conducta de otro, no es en sí, ni por sí, distinto de cualquier otro fenómeno o manifestación de la causalidad en la naturaleza. Si el poder del Estado no fuese cosa distinta de la causalidad, cosa distinta de la *acción* o *influjo de un "ser"* — "ser" que, por otra parte, no sería cognoscible desde el punto de vista de las ciencias naturales

— podríamos asimismo decir, refiriéndonos a los ejemplos ya aducidos en el capítulo I, que el calor "domina" a los cuerpos que se dilatan bajo su acción; y que el árbol que cae derribado por un hombre, es "súbdito" de éste. Si las relaciones concebibles como *Estado* no pudieran ser separadas de las demás relaciones causales, tendríamos entonces que considerarlas como situaciones de *nudo poder* o *fuerza*. De una posición tal podría a lo más desprenderse — y esto tomando a préstamo, de modo harto sospechoso, elementos de la ideología normativa, — lo que se llama *derecho del más fuerte*, a saber, la comprobación de que los más fuertes determinan la conducta de los más débiles, lo cual si lo separamos de toda mezcla con elementos político-normativos, queda reducido a la trivialidad de decir que los efectos tienen causas. La representación de un *poder* o *imperio* del Estado, de un hallarse los hombres sometidos a él, contiene el pensamiento de que el Estado o, mejor dicho, el hombre que lo representa, no solamente manda, es decir, exterioriza una voluntad dirigida a la conducta de otro hombre, sino, además, que está *autorizado* para ello, que es una autoridad, y que el otro hombre no solamente se conduce de hecho conforme al mandato (siendo determinado a ello por cualquier causa), sino que *debe* comportarse así, que está *obligado* a ello; de modo que, frente a él, tiene el mandato del primero el valor de una norma. Y todo esto es así, en virtud de un orden, que regula la conducta de ambos: y sólo en méritos del cual puede ser referida al Estado, puede ser *imputada* al mismo — como unidad de este orden, — la conducta de uno u otro de dichos hombres, de tal modo que sin esta idea del orden normativo no habría en absoluto *Estado* en cuyo nombre pudieran realizarse actos, y del cual se fuera en cierto sentido, súbdito. Hasta qué grado este orden tiene que ser eficaz o influyente, fué ya explicado en los capí-

tulos anteriores. Ahora bien, si se quisiera denominar *poder del Estado,* sólo a esta eficacia o influjo del orden estatal, y llamar *Derecho* al ordenamiento vigente — y es de tal modo como algunos oponen el Estado al Derecho, — esto sería admisible sólo bajo una reserva, a saber: que se tuviera conciencia clara de que el sentido específico de toda esta *acción, influjo* o *eficacia* (concebida como poder del Estado), se puede derivar únicamente de la vigencia de ese ordenamiento, que se esfuerzan en separar terminológicamente de la esfera del Estado. Pero esto resultará siempre problemático, porque la acción eficaz (o influjo causal) del ordenamiento jurídico podría ser llamada todavía mejor, *poder* o *fuerza del Derecho.*

18. *La soberanía del Estado. La norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico.*

Como una propiedad característica del *poder del Estado,* suele indicarse por la moderna teoría del mismo, la soberanía. Antes se había hablado sólo de una soberanía del príncipe o del pueblo; hoy se le atribuye al Estado como tal. Como propiedad del Estado o de su poder — que muchos se complacen en identificarlo con el primero, — la soberanía no puede ser una cualidad de un ser natural, descubrible por la investigación de hechos reales, sino meramente una *propiedad del orden jurídico que se suponga como válido o sea como vigente.* Esta propiedad consiste en que sea *un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior.* Conforme a esto, carecerá de soberanía aquella comunidad cuyo ordenamiento está situado bajo otro superior y encuentra en éste su razón de vigencia. El problema de la soberanía está, pues, esencialmente ligado al problema de las relaciones posibles entre dos órdenes normativos. Y esto es puramente una cuestión *normológica.* Una multiplicidad

de normas constituye un orden, esto es, un sistema relativamente independiente, cuando su validez o vigencia se deriva de una sola y misma norma, la cual se la designa entonces con el nombre de *norma fundamental (Grundnorm)*. Como quiera que es propiedad característica del Derecho el que regule su propia producción, hay que reconocer que la conexión interna de un ordenamiento jurídico es una conexión dinámica de producción o elaboración. Si se pregunta cuál sea la causa de validez o vigencia de una norma jurídica, se encuentra que estriba en otra norma que regula la producción de la primera. Ésta vale, porque y en tanto que fué establecida de acuerdo con lo dispuesto por otra norma superior. Así la norma individualizada de la sentencia judicial encuentra la razón de su vigencia en la ley del Estado, y ésta, a su vez, en la *constitución*. Dos órdenes normativos — como dos sistemas de normas — pueden encontrarse uno con respecto de otro, en relación, bien de supraordinación y subordinación, bien de coordinación. Un ordenamiento u orden está supraordinado a otro, cuando el fundamento de validez de este último se encuentra en una norma que pertenece al primero: o dicho con otras palabras, tenemos un orden subordinado a otro cuando la *norma fundamental* es parte integrante de este último. El orden inferior constituye una parte del *orden superior que lo abarca* a él, quizá junto con otros órdenes parciales.

Por consiguiente, un orden es el supremo, es *soberano*, no está subordinado a ningún otro orden, cuando su *norma fundamental* no pertenece a otro ordenamiento, esto es, a otro sistema de normas establecidas; lo cual quiere decir que esta *norma fundamental* no tiene una razón de validez o vigencia que sea común a otras normas, porque ella misma no fué establecida con arreglo a las determinaciones de una norma. La *norma fundamental* del orden

soberano o supremo no puede estar establecida o puesta *positivamente:* sólo puede ser una norma *supuesta* — determinada hipotéticamente. — Atribuir al Estado un carácter de soberanía, desde el punto de vista teórico formal, significa únicamente que el sistema de normas que llamamos orden estatal, encuentra su último fundamento de validez o vigencia (y, por tanto, su unidad) en una norma, la cual a fuer de última, es *supuesta* sin una justificación ulterior, sin que necesite de otra *norma fundamental.* Si, como ya explicamos antes, se pregunta por el fundamento de validez o vigencia de cualquier norma individual (o sea de un acto concreto del Estado), por ejemplo, de una sentencia judicial, se llega a encontrarlo en una ley determinada. Y si nos preguntamos por qué es válida o está vigente esta ley, por qué es una norma obligatoria o, lo que es lo mismo, por qué es un acto de un Estado determinado o pertenece al sistema de un cierto orden estatal, llegaremos a una ley constitucional determinada, esto es, una ley la cual fué dictada en un cierto momento del tiempo por un órgano determinado, por ejemplo, por un parlamento. Si yendo más adelante, inquirimos cuál sea el fundamento de validez de esta constitución, llegaremos quizá todavía a una o varias leyes constitucionales, las cuales fueron establecidas de acuerdo con lo previsto por la constitución precedente. Y, finalmente, llegaremos a una constitución que ya no fué establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la *primera constitución,* por así decirlo, en sentido jurídico positivo. Que tenga validez esta constitución primera y con ella todas las normas jurídicas que de la misma se derivan, es algo que debe ser *supuesto,* mientras permanezcamos sólo en la esfera del Estado particular. Ahora bien, llamamos *norma fundamental* hipotética a este *supuesto* o *hipótesis,* que fundamenta la unidad del orden estatal (y concede ca-

rácter jurídico a los actos que integran este Estado), y cuya fórmula sería aproximadamente la siguiente: *se debe uno portar como ordena el órgano que establece la primera constitución.* A esta norma fundamental, se la puede llamar *constitución en sentido lógico jurídico,* para diferenciarla de la constitución positiva que originaria y primeramente se funda en ella, a la cual llamaremos "*constitución en sentido jurídico positivo*". La norma fundamental es la base y razón de la unidad del Estado y de su soberanía. Es esencial a esta *norma* fundamental el establecer o determinar el órgano supremo de producción de las ulteriores normas, el cual a su vez va delegando para ciertos aspectos esta función en otros órganos y éstos, por su parte, delegan a su vez en otros, etc. Así, pues, el Estado en su unidad y con su soberanía aparece como orden supremo sobre el cual no existe otro alguno más alto.

19. *La exclusividad o unicidad del orden soberano.* Como ejemplo de un orden no soberano (por hallarse sometido a otro superior y consiguientemente incorporado a él), podemos citar el municipio, encuadrado dentro del Estado. La ley que contiene el estatuto municipal (una ley del Estado con validez para todo el territorio) determina los órganos de la comuna, autorizados a emitir normas con validez para la esfera municipal, en determinadas direcciones, esto es, sobre determinados objetos. El orden o norma "superior" que establece una autoridad para la emisión de estas normas municipales, ofrece no sólo el fundamento de validez de las mismas, sino que, además, puede también determinar el contenido del orden inferior, es decir, la esfera material y territorial de su validez o vigencia. En el orden superior radica, como suele decirse, la *determinante superior de la competencia o suprema competencia.* Tal es, pues, la verdadera conexión entre

los conceptos de soberanía y suprema competencia. Las normas que arraigan en la constitución municipal establecida por el Estado, forman el orden municipal; o, lo que es igual, mirándolo desde otro punto de vista, la comunidad jurídica del municipio se halla constituída por aquel orden u ordenamiento, y también en méritos del mismo, delimitada frente a otras comunas en su esfera de competencia material y territorial, y coordinada mutuamente con ellas integrando el orden total del Estado. La *coordinación* de dos o más sistemas de normas, sólo es posible en tanto que los órdenes coordinados están sometidos a un orden superior común.

El orden superior común coordina recíprocamente a los órdenes inferiores, a fuer de órdenes delegados, y los integra en un orden total. De suerte que los diversos órdenes subordinados, coordinados y supraordinados entre sí aparecen como partes del orden total, y son el fundamento respectivo de las varias comunidades parciales por ellos constituídas. Así, pues, llamar *soberano* a un orden significa que se le quiere hacer valer como un *orden total.*

Ahora bien, es algo del todo imposible el intento de representarse varios sistemas normativos soberanos, o varias comunidades jurídicas soberanas, unas al lado de las otras. La unidad del sistema normativo expresada en el pensamiento de la soberanía, significa al propio tiempo taambién su *unicidad.* No se puede admitir dos o más normas u órdenes, que deban estar vigentes, situados uno al lado de otro, *sin referir la validez de ambos a un único y mismo fundamento. Esta unidad del sistema normativo es sólo el correlato de la unidad del conocimiento normativo.* Por esto es imposible la representación de dos sistemas de normas, que simultáneamente deban valer o estar vigentes, siendo ambos recíprocamente independientes, y no dándose entre ellos ninguna relación. Cada uno de estos

órdenes debería conceptuársele como soberano y consiguientemente dotado de suprema competencia, cada uno de ellos tendría, por lo menos potencialmente, la posibilidad de extenderse sobre la competencia material y territorial del otro, lo cual traería consigo la posibilidad de un conflicto insoluble, es decir, acarrearía la consecuencia de tener que afirmar como igualmente válidas normas cuyos contenidos se excluyesen o contradijesen entre sí. Ahora bien, el principio lógico de contradicción rige también en el campo del conocimiento normativo.

20. *La soberanía del Estado y el orden jurídico internacional.*

De lo dicho se desprende que el Estado (en el sentido de un Estado particular, dado históricamente), sólo puede ser afirmado como verdaderamente soberano, cuando estemos decididos a aceptar las dos consecuencias siguientes: 1.ª, que no hay sobre el mismo ningún otro orden jurídico, ni siquiera el Derecho internacional; y consiguientemente, 2.ª, que tampoco pueden ser reconocidas otras comunidades jurídicas coordinadas a él, otros Estados que también sean soberanos junto a él. Si se quiere permanecer en la tesis de una multiplicidad de comunidades jurídicas coordinadas entre sí y designadas como Estados, entonces debe renunciarse a la soberanía como propiedad del Estado, debe abandonarse el *primado* de un *orden jurídico estatal particular;* y dar paso a la idea de un orden jurídico internacional o Derecho de gentes, que se halle por encima de todos los Estados, merced al cual éstos se coordinan, y que sea el que delimite sus esferas de competencia; en suma, hay que dar paso a la idea del *primado del orden jurídico internacional.* La ciencia contemporánea del Derecho y del Estado oscila continuamente y llena de contradicciones entre ambas tesis. De un lado se intenta sostener

la soberanía del Estado, y también de ordinario negar un Derecho internacional cualificado jurídicamente por encima de los Estados, y de otro lado, empero, se mantiene casi sin excepción la idea de que junto al propio Estado, afirmado como soberano, existen también otros Estados igualmente soberanos y en relación de coordinación esencial.

21. *El primado del orden jurídico del propio Estado.*

La aceptación del *primado de un orden estatal particular* o, mejor dicho, del propio orden estatal, no trae como consecuencia necesaria el negar como jurídicas las relaciones del propio Estado soberano con los demás, ni el negarles a éstos el carácter de órdenes o comunidades jurídicas. Ahora bien, entonces lo que tendríamos no sería relaciones jurídicas entre órdenes coordinados, sino entre uno superior y otro inferior, parcial, y delegado por el primero. Un punto de arranque para esta concepción lo encontramos en aquella doctrina, bastante difundida, según la cual para que frente al propio Estado "soberano", es decir, junto al Estado que constituye el punto de partida de la construcción jurídica, puedan caber todos los demás Estados como tales, es preciso que sean éstos *reconocidos* por el primero. Este reconocimiento exigido para la existencia jurídica de otro Estado, significa pura y simplemente una *delegación*. Si partimos de que la *voluntad* del propio Estado ha de ser considerada suprema o soberana, esto traerá como consecuencia inexorable que para que otra comunidad jurídica pueda valer como tal será preciso que el propio Estado la reconozca, es decir, que *otra comunidad jurídica sólo podrá valer como tal, en tanto en cuanto haya sido admitida por el propio Estado.* Esto significa ni más ni menos, que los demás Estados tienen que

recoger o recibir su fundamento jurídico de nuestro propio Estado soberano. De tal modo, éste se extiende en sentido formal hasta constituir *un orden jurídico universal.* Así se conserva la unidad de todo el sistema jurídico. Las relaciones del propio Estado soberano con los demás Estados reconocidos, vienen determinadas por normas que son parte integrante del ordenamiento del primero. Por consiguiente, el Derecho internacional, aparece como *Derecho político o estatal externo,* y esto sólo en tanto que las normas jurídicointernacionales, han sido aceptadas por la voluntad del Estado propio soberano; esto es, en cuanto el Derecho internacional ha sido reconocido por el propio Estado. Es verdad que esta opinión ha sido sostenida por algunas doctrinas jurídicas, pero sin llevarla ciertamente hasta sus últimas consecuencias, antes bien, acudiendo eventualmente para ciertas relaciones a la teoría contraria, es decir, a la del *primado del orden jurídico internacional o Derecho de gentes.*

22. *El primado del orden jurídico internacional o Derecho de gentes.*

No se puede negar, en verdad, que ciertas tesis jurídicas sostenidas casi universalmente, resultan imposibles como no partamos del supuesto del *primado del orden jurídico internacional* o *Derecho de gentes.* Así, en primer lugar, la idea, ya citada, de la *coordinación* de los Estados o, lo que es lo mismo, de su fundamental equiparación. Hasta tal punto este pensamiento pertenece a la ideología del Derecho internacional, que se cae en contradicción con ella (se la niega) cuando se quiere concebir la construcción jurídica de las relaciones interestatales (es decir, de las relaciones del propio Estado con los demás) como *Derecho estatal externo,* esto es, como relaciones entre un orden superior y otros órdenes inferiores delegados por él.

Tampoco partiendo del primado del propio orden estatal puede explicarse la continuidad del Estado a través de sus cambios irregulares de constitución. Efectivamente, si se parte de la soberanía del propio Estado, esto es, si se considera que su fundamento jurídico, que su unidad, radica en una norma fundamental hipotética que delega a la *primera constitución* (en sentido jurídico-positivo), entonces ese Estado sólo puede permanecer *el mismo,* cuando su constitución permanece la misma, o varía conforme a lo que ella ha previsto. Ahora bien, si una constitución es sustituída por otra nueva, sin haberse observado en esta sustitución los preceptos que la anterior establecía para su propia reforma, esto es, si surge una nueva constitución en virtud de un hecho revolucionario — y la revolución desde el punto de vista del orden jurídico es sólo una violación o quebrantamiento del mismo, — entonces, como base del sistema jurídico que engendra la nueva constitución *hay que suponer otra norma fundamental,* que será la norma que establece como supremo órgano legislador a la nueva autoridad consagrada por la revolución. Así, pues, en ese caso *la continuidad de la evolución jurídica aparece rota.* El Estado establecido por la nueva constitución ya no es el mismo que aquel que había sido construído sobre la constitución antigua, que se basaba en otra norma fundamental. Este es propiamente el sentido de la tesis (sentada ya por la antigua Teoría del Estado), de que la identidad del Estado se funda en la identidad de la constitución; pero debe advertirse que lo que garantiza la identidad es la *constitución en sentido lógico-jurídico,* y no la constitución en sentido jurídico-positivo. Ahora bien, si, por el contrario, partimos del punto de vista del *primado del orden jurídico internacional* o *Derecho de gentes,* entonces se desprenderá una interpretación totalmente diversa del *hecho revolucionario* (o del golpe

de Estado). Efectivamente, pertenecen al de Derecho internacional positivo, la norma en virtud de la cual se reconoce como válido un poder que logra que sus órdenes sean (en general) obedecidas por los hombres que viven en un territorio determinado, y asimismo la norma que le otorga vigencia para este ámbito territorial y personal, aun cuando aparezca como *usurpador* o como comité revolucionario, es decir, aun cuando el orden por él establecido represente un rompimiento de la antigua constitución. De este modo, *el Derecho internacional circunscribe el hecho al cual se enlaza como consecuencia la vigencia del nuevo orden jurídico del Estado particular:* el Estado aparece como *situación* del Derecho de gentes o internacional; y la revolución triunfante (o el golpe de Estado logrado) como una vía extraordinaria para dar o reformar la constitución, establecida por el orden jurídico internacional. Así, pues, si se acepta el *primado del orden jurídico internacional* o *Derecho de gentes,* y se parte de él, se conserva la continuidad jurídica, aun en el caso de revolución o golpe de Estado. Entonces el problema de la identidad aparece como cuestión de índole material. En tal caso a pesar de la ruptura jurídica en la esfera del orden estatal particular, podrá darse jurídicamente la identidad siempre y cuando el nuevo orden estatal tenga en lo esencial la misma esfera de validez territorial y personal que la que correspondiera al antiguo, es decir, siempre que en lo esencial sean el mismo territorio y los mismos hombres los que constituyen el Estado antes y después del hecho revolucionario que rompió la constitución. De tal modo que conservándose la unidad jurídica, puede darse el caso de que subsista ulteriormente el mismo Estado, a pesar de la revolución, o el caso de que de un Estado se originen varios nuevos (ejemplo de lo primero lo constituye el *Reich* alemán; de lo segundo Austria y los nuevos Estados de Checoeslovaquia, etc., des-

pués del derrumbamiento de 1918). Asimismo hay otra concepción que sólo es explicable desde el punto de vista del primado del orden jurídico internacional, a saber la idea de que a los Estados no les es posible colocarse fuera del imperio del Derecho internacional. Tal idea sólo es fundamentable, desde el punto de vista de la concèpción que afirma que el Derecho internacional o de gentes rige por encima de los Estados particulares, y que, por tanto, su vigencia es independiente de éstos.

23. *La relación entre ambas hipótesis (primado del Derecho nacional y primado del Derecho internacional): la construcción dualista.*

Sin embargo, no puede afirmarse que la *Teoría del primado del orden jurídico internacional* sea la única científicamente justificada. Si nos contentamos con limitarnos a concebir jurídicamente sólo aquello que puede ser comprendido desde el punto de vista del orden jurídico del propio Estado, entonces puede bastar la teoría del *primado del orden jurídico estatal* (particular). Piénsese por analogía que tampoco es posible obligar con argumentos científicos a un anarquista a que conciba las relaciones entre los individuos humanos como relaciones jurídicas y no como meras situaciones de nudo poder, porque positivamente sólo pueden ser reputadas como relaciones jurídicas en tanto en cuanto partimos del supuesto de la norma fundamental sobre la cual descansa todo el sistema u orden jurídico; y, ahora bien, recuérdese que dicha norma fundamental es una hipótesis que no puede ser probada jurídicamente. Así, pues, de modo análogo, tampoco puede demostrarse dentro de la ciencia jurídica, que las relaciones entre los Estados deban ser consideradas como relaciones jurídicas entre sujetos coordinados (órdenes jurídicos personificados). Todavía hoy existen no pocos autores que

niegan al llamado Derecho internacional todo carácter jurídico. Frente a esto, desde el punto de vista de la ciencia jurídica pura, que no es el de la Política ni el de la Moral, debe uno contentarse con advertir que los que niegan el Derecho internacional para las relaciones entre los Estados, adoptan la misma actitud que sostienen los anarquistas con respecto a las relaciones entre los individuos.

Ahora bien, hay algo que de una vez y para siempre debe quedar excluído de la ciencia jurídica, por entrañar un absurdo: me refiero a la mezcla inconsecuente de las dos teorías incompatibles, a saber de la del *primado del orden jurídico internacional* y de la del *primado del orden jurídico o estatal particular* (soberanía del Estado). Y, por consiguiente, también debe repudiarse la opinión, muy corriente, *de que el orden jurídico estatal y el orden jurídico internacional (que sea reconocido* como Derecho en sentido propio), constituyen dos sistemas *normativos totalmente autónomos, recíprocamente independientes y que no se hallen en ninguna relación de unidad.* Pues esta opinión dualista, contradice el postulado fundamental de todo conocimiento científico, y, por tanto, también de toda ciencia normativa, el postulado de la *unidad del sistema.*

24. *La naturaleza jurídica del Derecho Internacional.*

El problema acerca de la naturaleza jurídica del Derecho internacional se reduce en primer término a la siguiente cuestión: si las normas denominadas Derecho internacional pueden ser comprendidas como válidas o vigentes, partiendo precisamente del mismo punto de vista desde el cual son concebidas las normas del orden jurídico estatal particular (indubitablemente consideradas como Derecho), y como hayan de ser comprendidas para este objeto; es decir, si es posible, y como lo sea, que el complejo

de normas llamadas Derecho internacional y el conjunto de normas que funcionan como Derecho del Estado, sean concebidas conjuntamente formando un único y mismo sistema de normas válidas. Sólo en segundo término plantéase la cuestión acerca de si los materiales que constituyen el Derecho internacional pueden ser expuestos o expresados bajo la forma del precepto jurídico, como norma *pecífico del Derecho internacional.* Tal acto es la guerra. coactiva. Este es el problema acerca del *acto coactivo es-* Los deberes estatuídos por el Derecho internacional, hállanse en último término bajo la sanción de la guerra. El Estado que ha sido lesionado en sus intereses aparece autorizado a hacer la guerra contra el violador del Derecho; y precisamente por eso, tales intereses resultan protegidos por el Derecho internacional.

Por consiguiente, el Derecho internacional representa un orden jurídico técnicamente primitivo, porque los órganos que lo ejecutan no responden al principio funcional de la división del trabajo, según expuse en el capítulo primero (véase párrafo 14).

Si queremos designar la comunidad jurídica constituída merced al Derecho internacional, con el nombre de *Civitas máxima,* o de *Estado mundial,* esto será sólo posible sobre el supuesto de que tomemos la palabra Estado en un sentido lato. Ahora bien, queda claramente sentado que desde el punto de vista jurídico, nada obsta para que se pueda realizar ulteriormente una tal evolución técnica; no lo impide ni la *esencia* del Estado, ni la de su soberanía, ni la del Derecho internacional, ni la del Derecho pura y simplemente. Cosa distinta es, en cambio, la opinión que se pronuncie sobre este tema ~~desde el punto de vista de la ideología política~~; a tenor de los diversos idearios, unos reputarán tal evolución como posible, otros como imposible; unos la estimarán saludable, otros, funesta.

B) La esfera de validez (o vigencia) espacial, temporal

TERRITORIO Y PUEBLO DEL ESTADO

25. *Limitación o ilimitación de la esfera espacial de vigencia.*

Como quiera que el contenido de las normas que forman el orden estatal, se refiere esencialmente a la conducta humana, y ésta se desenvuelve en el tiempo y en el espacio, las normas en cuanto a su contenido, tendrán que relacionarse de alguna manera con dichos elementos, esto es, tiempo y espacio serán contenidos de las normas. La norma jurídica, que determina que si *A* se conduce de determinado modo, *B* debe practicar un acto coactivo contra *A*, tiene que determinar *cuándo* y *dónde debe A* comportarse así, para que *B* haya de practicar — también en cierto lugar y tiempo — contra *A*, el acto coactivo. Los hechos o situaciones que constituyen el contenido de la norma tienen que ser estudiados como vigentes en un determinado lugar y en un determinado tiempo, pues de lo contrario la norma no estaría vigente en ningún lugar ni en ningún tiempo, lo que equivaldría a decir que carece pura y simplemente de vigencia. Una norma que no vale para ningún tiempo ni espacio, es una norma que carece en absoluto de vigencia. En materia de vigencia sólo cabe una distinción relativa, es decir, se puede distinguir sólo entre normas, que con relación a los actos por ellas estatuídas, *valen en todas partes y siempre*, y aquellas que sólo quieren valer *dentro de una esfera determinada, circunscrita espacial y temporalmente.*

26. *El carácter sedentario del Estado.*

Si se afirma que pertenece a la esencia de una comunidad, el *carácter sedentario* de los hombres que la forman, esto significa que la esfera de vigencia espacial del orden constitutivo de esta comunidad, no solamente está fijamente delimitada, sino que además es invariable con relación a otras partes del espacio. Cierto que, ordinariamente es característico de las normas que forman un orden estatal particular, el que su vigencia esté fundamentalmente limitada a un espacio determinado. Efectivamente el carácter sedentario, en el antedicho sentido, es hoy la regla general para los órdenes estatales particulares. Pero no es un requisito esencial, pues todos los caracteres específicos de la organización estatal, son también perfectamente posibles en los pueblos nómadas, con tal que se parta del supuesto de que el campo espacial de vigencia del orden estatal va desplazándose, ora paulatina, ora súbitamente, según los diversos casos.

27. *La limitación de la esfera espacial de vigencia del orden estatal, establecida por el Derecho internacional.*

Merced a la delimitación espacial de la vigencia, esto es, por el acotamiento de la vigencia espacial de un orden estatal a un espacio determinado, se hace posible la coexistencia de una multiplicidad de Estados unos junto a otros, sin que resulten inevitables conflictos entre los mismos.

Ahora bien, adviértase que toda auténtica delimitación de la vigencia en Derecho positivo, y por consiguiente también la delimitación espacial, así como toda otra determinación material de una norma, sólo puede ser definida o circunscrita por medio de una norma superior. Por eso la función específica del Derecho internacional — según ya expuse anteriormente, — consiste en delimitar los órdenes jurídicos de los Estados particulares en su *vigencia es-*

pacial. Ahora bien, el espacio al cual se limita la vigencia del orden jurídico de los Estados particulares, es el llamado *territorio* de aquéllos. El territorio es, en primer término, el espacio de vigencia (y no la esfera de acción real o eficacia), del orden político o jurídico. Así, de que un acto del Estado se realice *efectivamente* en cierto lugar, no se sigue necesariamente, que este lugar tenga que pertenecer al territorio del Estado (p. ej., realización irregular de un acto del Estado en territorio extranjero, contradiciendo al Derecho internacional).

El fundamento de la idea de territorio lo da el concepto del Estado, en cuanto ordenamiento jurídico válido (con vigencia espacialmente delimitada); y que esto es así lo demuestra la consideración de que la unidad del territorio (la cual es esencial al Estado), viene determinada solamente por la *unidad de la vigencia del orden jurídico estatal,* y no es afectada en modo alguno por el hecho de que el territorio, desde el punto de vista geográfico o natural, no forme una unidad. Hay que advertir, además, que el territorio no es como suele creerse una superficie, sino un espacio *tridimensional.* La vigencia del orden jurídico-estatal, se extiende no sólo en longitud y latitud sino también en altura y profundidad, y lo propio pasa con su acción efectiva o influjo eficaz: el Estado domina también el espacio que hay por encima y por debajo de la superficie ordinariamente llamada *territorio.* Así, pues, debemos representarnos los territorios de los diversos Estados en forma de espacios cónicos, cuyos vértices se encuentran en el punto central de la Tierra. En cambio, el territorio no tiene hacia arriba, jurídicamente, límite alguno. Hasta ahora faltan todavía normas jurídico-internacionales que limiten en esa dirección la vigencia de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. Pero los límites del Estado en la superficie terrestre, llamados

de ordinario simplemente *fronteras*, no son tampoco en modo alguno un límite sin excepción de la vigencia espacial. El Derecho internacional limita la vigencia del orden jurídico estatal en este sentido, sólo de un modo fundamental, de un modo regular, pero no exento de excepciones. La limitación de la validez o vigencia por las fronteras, se refiere, ante todo, no tanto a la realización del hecho *condicionante* (delito, negocio jurídico), sino primordialmente a la práctica del hecho *condicionado*, es decir, del *acto coactivo y su preparación procesal* (resolución administrativa, sentencia judicial). El delito puede realizarse en cualquier parte; en cambio, el procedimiento punitivo sólo puede efectuarse dentro de las fronteras, es decir, dentro del territorio del Estado *sensu stricto*. Sin embargo, hay numerosas excepciones, casos en los cuales pueden ser realizados actos de soberanía (actos coactivos o su preparación procesal), fuera del estricto territorio: sobre alta mar, donde todos están autorizados a practicar tales actos de soberanía, en sus buques; actos del representante de un Estado en el extranjero, p. e. j., una declaración de guerra; y en virtud de un especial contrato jurídico-internacional, puede un Estado permitir a otro, la realización de actos de soberanía en los dominios del primero. Por consiguiente, no puede afirmarse en absoluto, que dentro de las fronteras del Estado o de un territorio *sensu stricto*, se halle sólo y *exclusivamente* vigente el *propio orden jurídico;* pues en tanto que dentro de ellas son posibles actos de Estados extranjeros, pueden ser considerados sus respectivos órdenes jurídicos como también vigentes en dichos límites. *La llamada impenetrabilidad* del Estado, esto es, el principio que resulta del dogma de la soberanía, y de una hipóstasis del Estado, según el cual en un espacio determinado podría únicamente existir un solo Estado, es una idea que *carece de toda justificación*. Otro caso de coexis-

tencia de varios Estados en el mismo territorio, es decir, de vigencia de varios ordenamientos estatales dentro del mismo espacio, lo ofrece el llamado *condominio* de dos Estados. Preséntase éste, cuando hay un terreno, distinto de los territorios (en sentido estricto) de dos Estados, que se encuentra bajo un dominio común, esto es, bajo la vigencia de normas que tan pronto pueden valer como normas de un orden estatal, como del otro. Además también ciertas *uniones de Estados,* especialmente el llamado Estado federal, donde en el territorio de los Estados miembros, está establecido el Estado central o unido (véase el párrafo 47).

El Derecho internacional, pues, restringe, como regla general, la vigencia del orden jurídico de los Estados particulares a sus respectivos territorios delimitados por las llamadas fronteras; pero permite también, en determinados casos, la vigencia de un orden jurídico dentro del estricto territorio de otro Estado, y con ello la realización de actos estatales, o, lo que es lo mismo, la existencia de un Estado dentro del territorio de otro Estado extranjero.

28. *La limitación del campo temporal de vigencia del orden estatal.*

Así como fundamentalmente el Estado particular existe sólo dentro de un espacio determinado, así también existe sólo en un tiempo determinado. Hasta ahora esta última relación no había sido tenida en cuenta por la teoría general del Estado; probablemente, porque el orden jurídico-estatal particular no suele darse a sí mismo limitación ~~temporal de~~ ninguna clase: pues en sí mismo y a tenor de su propio sentido, aparece con la pretensión de *valer* sin limitación temporal, y, por consiguiente, *eternamente.* Ahora bien, la limitación temporal del orden jurídico estatal particular (considerado como un todo),

procede del Derecho internacional, de igual modo que su circunscripción espacial. Fijémonos que en tanto que el Derecho internacional determina o circunscribe al Estado como una situación específica, estatuye como situaciones jurídicas no solamente su nacimiento, sino también su desaparición o muerte análogamente a como el orden jurídico estatal particular regula la creación y la disolución de otras comunidades jurídicas inferiores (asociaciones, compañías anónimas, municipios, etcétera). — Y así también del mismo modo que el orden jurídico estatal, respecto a los órdenes parciales articulados en él, contiene de modo inmediato limitaciones temporales para ciertas normas. La regla general en el supuesto de que el orden jurídico estatal represente un sistema de normas variables es que una norma jurídica vale hasta que sea abrogada por otra de contenido contradictorio al suyo *(lex posterior derogat priori)*. Sin embargo, la duración de la vigencia de una norma jurídica, puede ciertamente ser limitada de antemano de modo que cese al expirar cierto plazo o realizarse determinado acontecimiento.

29. *La limitación de la esfera personal de vigencia del orden estatal.*

La delimitación de la vigencia del orden jurídico o estatal, no sólo se produce en sentido espacial y en sentido temporal; tiene además una tercera dimensión, el ámbito de personas sujetas a dicho orden. Este problema acerca del campo personal de vigencia del orden jurídico era conocido en la antigua teoría con el nombre de *pueblo del Estado*. Ahora bien, con respecto a él hay que examinar no sólo la cuestión de cuáles son los hombres para los que está vigente el orden jurídico, o mejor dicho, la conducta de qué hombres forma el contenido de éste, sino también, contenido del orden estatal. Las principales tesis estable-

cidas en la Teoría general del Estado sobre el pueblo del mismo, pueden reducirse todas ellas a las susodichas cuestiones. La doctrina acerca del pueblo del Estado, es una teoría jurídica.

De lo dicho se desprende, por qué razón es errónea la idea corriente de que el Estado está *formado* por hombres o representa una multiplicidad de seres humanos. El orden estatal o jurídico no comprende o abarca al hombre *entero* ni al hombre en cuanto a tal, sino únicamente *algunos actos singulares* del mismo, determinadas acciones y omisiones. El hombre pertenece al pueblo del Estado, sólo en tanto en cuanto está sometido al imperio de éste; es decir, *sólo en tanto que su conducta forma el contenido del orden estatal-jurídico.* Precisamente por esto, no todos los hombres que se hallan en el territorio del Estado pertenecen al pueblo del mismo. Se exceptúan aquellos respecto a los cuales está limitada la vigencia del orden jurídico del Estado particular, en méritos de una norma positiva (especialmente de Derecho internacional); por ejemplo, los representantes diplomáticos que disfrutan del llamado privilegio de extraterritorialidad. Por otra parte también el grado de la sumisión al orden estatal, puede ser muy diverso en las varias categorías de individuos. Pongamos aquí como ejemplo, el monarca absoluto en oposición con sus súbditos, institución que será explicada con mayor precisión más adelante. Por otra parte, en cambio, también pertenecen al pueblo del Estado hombres que no viven dentro de su territorio en sentido estricto; aquí viene en cuestión de un modo especial la institución de la ciudadanía.

30. *La teoría sobre el pueblo del Estado como teoría del derecho en sentido subjetivo.*

La relación de la conducta humana con el orden es-

tatal, puede ser de tres clases. *Primera:* el hombre está *sometido* en sentido estricto al orden jurídico, de modo que su conducta forma el contenido de un deber jurídico, es decir, que a la oposición contradictoria de esta conducta, está ligada la consecuencia específica de la ilegalidad o sea un acto coactivo del Estado (pena. procedimiento ejecutivo) — relación pasiva. — *Segunda:* el hombre produce o crea el orden jurídico, esto es, su conducta es calificada por el orden jurídico como un *hecho productor* o *creador de Derecho;* ésta es la relación en la cual aparece la conducta del hombre como contenido de una facultad o autorización *(Berechtigung)*, de un derecho subjetivo, en la acepción corriente de esta palabra — relación activa. — Y, *tercera:* la conducta humana puede venir en cuestión, en cuanto no sea en modo ninguno contenido de normas jurídicas, y, por tanto, aparezca el hombre como *libre* frente al Estado, esto es, *libre del Estado,* a saber en los actos u omisiones en que ni está sometido a deberes jurídicos, ni crea con ellos normas jurídicas — relación negativa. — Sin embargo, ordinariamente suele confundirse el segundo y el tercer tipo, y así se habla a veces también de libertad cuando el hombre se halla situado en una relación que no es de sumisión obligatoria; y por otra parte se ensancha tanto el concepto de derecho subjetivo que cae dentro del mismo dicha esfera de libertad.

Así, pues, en resumen, la relación del hombre con el Derecho o el Estado, es, o bien de *pasividad,* o bien de *actividad,* o bien de *negatividad.* Por consiguiente. *la doctrina sobre el pueblo del Estado,* se muestra en lo esencial *como teoría acerca del deber jurídico y de la facultad* o *autorización,* esto es, *como teoría del derecho en sentido subjetivo.*

Sólo gracias a las aclaraciones que anteceden y eliminando el ropaje subjetivista, que se había empleado hasta

ahora, se consigue descubrir el sentido objetivo, a que aspira la construcción conceptual de la ciencia jurídica en este terreno. Y sólo desde este punto de vista, desaparece el dualismo entre Derecho objetivo y subjetivo tan funesto para la ciencia.

31. *Deber jurídico y súbdito.*

El concepto corriente de *pueblo del Estado,* expresa en primer término la idea de que los hombres *forman* el Estado, que se someten a su imperio, esto es, que son sus súbditos. En cambio, es algo secundario que tengan de algún modo una participación activa en esa soberanía. Así pues, la Teoría del Estado, en su consideración sobre el pueblo como elemento integrante de éste, muestra mucho más claramente que la tradicional Teoría del Derecho el carácter primario que corresponde al concepto de *deber jurídico,* esto es, la idea de que es esencial a todo precepto jurídico el fundar un deber jurídico; en suma, de que el orden estatal o jurídico es, ante todo y primariamente, un orden obligante. Si, además, *faculta* o *autoriza* — esto es, si concede derechos subjetivos stricto sensu, *pretensiones,* — y hasta qué punto, es decir, si participan los súbditos en la producción de las normas que los obligan y de *qué manera,* es algo secundario. Por lo demás, esta participación en la producción del orden estatal o jurídico, es, efectivamente, el criterio decisivo que permite exponer todas las significaciones esenciales del concepto (tan multívoco) de *facultad* o *autorización* (derecho subjetivo), de un modo natural y sistemático, en íntima conexión.

32. *Los derechos políticos.*

Conforme ya he indicado antes — y expondré más adelante con mayor extensión, — la producción del ordenamiento jurídico representa una sucesión graduada o es-

calonada de hechos o situaciones; una serie jerárquica, un proceso en el cual la norma jurídica, es llevada desde un tipo general y abstracto, a otros cada vez más individualizados y concretos.

Consiguientemente, los llamados derechos subjetivos (en el sentido de facultad o autorización), se dividen también en varias categorías, según que su acto creador (a fuer de una participación en el hecho que representa la producción del Derecho) dé lugar, bien a una norma general, bien a una norma individual.

La producción de las normas generales, esto es, de las "*leyes*", puede tener lugar de varias maneras. Puede hacerse de un modo inmediato por aquellos para quienes estas normas valen como obligatorias (democracia directa). Entonces, el orden estatal es producido directamente (en cuanto respecta al grado o estudio de las "*leyes*"); por el *pueblo,* esto es, por los mismos súbditos; a lo cual corresponde el derecho subjetivo de los individuos, a participar en las asambleas populares con voz y voto. O bien el acto de la legislación se produce sólo mediata o indirectamente por el pueblo, valiéndose de una representación elegida por éste (democracia mediata o indirecta, representativa, parlamentaria). En este caso, el proceso de la producción general del Derecho (que suele llamarse también formación de la voluntad del Estado), se descompone, por lo que hace referencia al grado de la norma general (ley), en dos fases: 1.ª, elección del parlamento, y 2.ª, acuerdos tomados por sus miembros (los diputados). Así resulta, pues, que en este caso hay un derecho subjetivo de los *electores* — que constituyen un círculo mayor o menor de individuos, — a saber el *derecho electoral,* y, además, un derecho subjetivo de los diputados a formar parte del parlamento, a saber, el derecho a deliberar y votar en él. A estos modos — o condiciones — de la pro-

ducción general del orden jurídico se les suele llamar *derechos políticos*. Ordinariamente se los caracteriza, haciendo notar que conceden a su titular una *participación en la formación de la voluntad del Estado*, y con ello se expresa algo que en principio es exacto, pero se restringe excesivamente el concepto de voluntad del Estado (o lo que es lo mismo, del orden jurídico), limitándolo sólo a las normas *generales* o *leyes;* con lo cual resultaría que si aceptásemos puramente aquella caracterización, todo derecho sería un derecho político, como en seguida explicaré. Por eso precisamente, no debe descuidarse el señalar la diferencia entre la voluntad estatal *general* y la individualizada.

Si la norma general no es producida, ni mediata ni inmediatamente por el "pueblo", es decir, por aquellos mismos que son sus súbditos, sino por un *único* hombre frente al cual todos los demás hállanse *carentes de derechos*, mientras que él es frente a éstos el único *facultado* o *autorizado* (autocracia), entonces el pueblo no tiene derechos políticos; es decir, la conducta de los hombres — con excepción de uno solo — no viene en cuestión como elemento productor de normas. Existe, sin embargo, *un pueblo*, pues éste viene determinado como tal, sólo por la sumisión jurídica a normas obligatorias; en cambio, el autócrata — el único *facultado* o *autorizado* — que no se halla de ningún modo en esta relación de sumisión a normas, no debe pertenecer al pueblo; dentro de la pura idea del Estado autócrata, no forma propiamente parte del pueblo.

33. *El acto de autoridad.*

La producción de normas individuales, o mejor dicho individualizadas, puede tener lugar de dos maneras: 1.ª, de tal suerte que la persona que haya de resultar obligada

concurra al acto determinante del *deber,* mediante una manifestación suya de voluntad; y 2.ª, de tal modo que el hecho determinante del deber no contenga esta declaración de voluntad. Es decir, las normas individualizadas pueden ser producidas bien mediante un acto *bilateral,* bien mediante un acto *unilateral.*

Consideremos primero el segundo caso, cuyo ejemplo típico es el *acto imperativo del Estado:* la sentencia judicial, la orden administrativa. En este tipo de producción de normas individualizadas, tampoco encuentra propiamente cabida el concepto de derecho subjetivo. Estos actos son considerados preferentemente desde el punto de vista de la función orgánica (del órgano), y no tanto desde el del derecho subjetivo, aunque no exista oposición entre ambas cosas — pues también cabe considerar al elector tanto como órgano, cuanto como sujeto de un derecho; y la participación en la formación de la voluntad del Estado tiene que ser necesariamente función orgánica, por lo menos según la definición oficial de los derechos políticos. — Pero en cambio, en los actos individuales del Estado, realizados ordinariamente por funcionarios, prevalece el carácter de función orgánica que viene a suplantar la posición subjetiva que late en el concepto de autorización o pretensión (o derecho subjetivo). En general no se habla del *derecho* del órgano (del funcionario), sino de sus facultades, de su *competencia.* Y aquí por competencia se entiende no sólo el límite de su poder jurídico, sino también éste mismo. No obstante, suele hacerse alguna excepción: de un modo singular por lo que respecta al monarca, cuya competencia es denominada generalmente *derecho.*

34. *La acción en juicio.*

Un segundo caso de fundamentación unilateral de deberes, lo tenemos en la estructura de ciertas normas jurídicas, que hacen depender la realización del acto coactivo (y de todo el proceso que conduce al mismo), *de la declaración de voluntad adecuada del lesionado,* es decir de que éste ejercite la *actio* (demanda o querella). Es en este caso en el que precisamente se habla *en sentido propio de un derecho subjetivo.* Efectivamente, aquí el interés individual es objeto de una consideración especial. En sentido propio sólo hay derecho subjetivo en tanto en cuanto el ordenamiento jurídico queda colocado por así decirlo a disposición de la persona que se presume interesada en su cumplimiento, y dicha persona participa de modo preeminente en la formación de la voluntad del Estado en el grado de plena madurez en que ésta se manifiesta en el acto individual de la sentencia (solicitada por la *actio),* o de la decisión administrativa (que se haya reclamado).

35. *El negocio jurídico.*

La forma más característica de creación bilateral de la obligación, tiene lugar mediante el *negocio jurídico* denominado contrato. En virtud de una norma general y bajo la condición de la común manifestación de las voluntades de dos individuos, quedan obligados ambos o tan sólo uno de ellos, a seguir una determinada conducta en armonía con lo establecido en el contrato. Esto constituye el caso típico del derecho subjetivo *privado.* Pero también en este sentido podemos definir el derecho subjetivo como *una participación en la formación de la voluntad del Estado, es decir, en la creación del orden jurídico.* Lo que encontramos en este hecho — que denominamos *autonomía privada,* — no es otra cosa que una *delegación hecha por la ley* a favor de las partes contratantes, para que ellas mis-

mas determinen el contenido de las normas jurídicas individuales, es decir, para que *continúen el proceso de la creación del Derecho*. Si tomamos el derecho subjetivo, en el sentido indicado, es decir, como expresión de la participación que el individuo ejerce en el proceso de creación del Derecho, podemos distinguir — como generalmente tiene lugar — entre el "derecho" que se realiza en la conclusión del negocio jurídico, y el "derecho" que se manifiesta en la acción o querella, ya que se trata precisamente de distintos y sucesivos grados en el proceso objetivo de creación del Derecho. Sin embargo, la teoría tradicional no logra establecer claramente esta distinción cuando afirma que en el primer caso se trata de una pretensión contra una parte contratante, mientras que en el segundo tan sólo existe una pretensión contra el Estado, esto es, contra los funcionarios del mismo, los cuales por su virtud quedan obligados a seguir una determinada conducta.

36. *Derecho público y Derecho privado.*

Aquella pretensión (o derecho subjetivo) que se expresa en la *actio*, suele incluirse entre los llamados derechos *públicos* subjetivos, al igual que otros hechos de participación en la formación de la voluntad del Estado. En cambio la pretensión (o derecho subjetivo) contra la parte contratantes, es considerada como un derecho *privado* subjetivo.

Sin embargo el empleo que suele hacerse actualmente de la antigua división del derecho en privado y público, resulta muy imprecisa y contradictoria. Esta división u oposición cobraría un sentido firme y seguro si con ella se quisiera expresar una diferencia de las *relaciones jurídicas* — compuestas de deberes y pretensiones o derechos subjetivos, — es decir, de las normas jurídicas *individualizadas*, tomando como base de esa distinción, la forma en

que tiene lugar el nacimiento de la relación jurídica, esto es, de la norma individualizada. La diferencia consistiría en lo siguiente: atendiendo al carácter primario que corresponde al deber jurídico — según ya expuse, — procede determinar si el deber jurídico de una persona — que posiblemente implica una facultad en la otra — es establecido con o sin la participación del obligado, esto es, por la declaración de voluntad unilateral del "facultado", o por la declaración coincidente de voluntades del pretensor y del obligado. En el primer caso se hablaría de una relación jurídica pública, en el segundo de una privada. Este es exactamente el mismo punto de vista que divide las formas del Estado, en autocracia y democracia, según que los sometidos a las normas carezcan o no de participación en la creación de éstas (véase el párrafo número 68). La diferencia entre forma autocrática y forma democrática del Estado la empleamos refiriéndonos a la esfera de la creación general del Derecho (esto es, de las normas generales); en cambio, en el campo de la creación individual o individualizada del Derecho, para indicar la misma oposición se aplica la división en público y privado. Ahora bien, esta última diferencia no se desprende necesariamente de la esencia misma del Derecho. Se trata en último término de una diferenciación entre los métodos de creación del Derecho, establecida por la ley positiva (1). Naturalmente es posible, sin inconveniente alguno, que el orden jurídico positivo, vincule a esta diferenciación de los métodos de creación del Derecho individualizado, otras nuevas diferencias. Así, por ejemplo, puede añadir el principio de que la relación jurídica pública, en el caso de que

(1) Mas esta distinción no coincide con la que ordinariamente se hace entre Derecho público y privado según indica Kelsen en su Allg. Stachslehre, pues nos llevaría a afirmar la democracia política como de Derecho privado. N. del T.

su constitución lleve ciertos vicios jurídicos, solamente pueda ser anulada, y no pueda ser declarada nula *ab initio,* mientras que la relación jurídica privada en caso de defectuosidad pueda ser considerada como nula de antemano o inexistente (véase párrafo 64). Sin embargo, estas diferencias se dan tan sólo por virtud de las normas positivas, sin que se puedan deducir de la esencia del Derecho en general o de la del Derecho público o de la del privado en particular.

37. *Los derechos de libertad individual.*

Se considera, además, en general, también como un derecho subjetivo la libertad frente al Estado, la cual consiste en la carencia de normas que determinen ciertos aspectos de la conducta humana; de ordinario se cita un gran número de *libertades singulares* como derechos subjetivos de libertad; así, por ejemplo, el derecho a la *libertad personal,* es decir, el derecho a no ser preso sino en determinadas condiciones; el derecho a *la libertad de expresión del pensamiento,* muy especialmente el derecho de *libertad de prensa;* el derecho de *libertad de pensamiento y de conciencia;* el derecho de *libertad de asociación,* el derecho de *libertad científica,* el derecho de *libertad de propiedad* — es decir, el derecho a rechazar los ataques del Estado contra la propiedad privada; — el derecho de *libertad de emigración,* y muchos otros. De todo cuanto ya he expuesto, se deduce que en éstas no se trata propiamente de *derechos,* pues una *esfera libre substraída al Derecho,* no puede ser calificada como derecho. Efectivamente, adviértase que como quiera que la *libertad* consiste en un *estar libre* frente al Derecho, en un hallarse sustraído al Derecho, por eso jurídicamente sólo puede ser determinada de un modo *negativo.* Asimismo es evidente que la esfera de libertad jurídica puede ser descompuesta en

una serie inagotable de libertades individuales. Toda conducta cuya opuesta no constituya el contenido de un deber jurídico, resulta "libre" para el hombre. De tal modo éste tendría un derecho a respirar, a pasear, etc., análogo al de expresar su pensamiento o al de profesar la religión que quiera. Fuera del orden jurídico estatal — y aquella esfera que la teoría ha querido rellenar con derechos de libertad, cae fuera del orden jurídico — no puede haber ningún "derecho". Afirmar lo contrario sería salirse de la pura Teoría jurídica para entrar en el Derecho natural. Por eso nadie tiene un derecho subjetivo positivo de libertad frente al Estado, esto es, nadie tiene una pretensión jurídicamente cualificada a una no intervención del Estado, en la forma en que suele definirse ese supuesto derecho subjetivo. equiparándolo indebidamente a la pretensión o derecho a colaborar en la actividad del Estado.

38. *La garantía constitucional de los derechos de libertad.*

En este tema la Teoría general del Estado enlaza a una práctica por cierto muy discutible de las modernas constituciones. Éstas contienen generalmente un catálogo de los llamados derechos de libertad, los cuales históricamente tienen su origen en la concepción iusnaturalista de unas normas absolutas que limitan al Estado. Estas normas, procedentes primero de una fuente extraña al Estado, fueron después incorporadas al contenido del Derecho positivo y, consiguientemente, se convirtieron en normas del propio Estado. Ahora bien, en cuanto se presentan como limitaciones que el Estado se impone a sí mismo, como normas que le prohiben ciertas intromisiones en la esfera de libertad de los súbditos, son, por lo menos, superfluas. Carece de sentido prohibir actos del Estado, porque tales actos, en tanto no se encuentran mandados de un modo

expreso, en tanto que no se faculta (o mejor dicho se obliga), a los individuos que son órganos del Estado a realizarlos, estos actos resultan jurídicamente imposibles. El hombre puede hacer todo cuanto no está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico. El Estado sólo puede hacer — esto es, el hombre como órgano del Estado, sólo puede hacer — lo que de un modo expreso le está permitido por el orden jurídico. Pues solamente pueden valer como actos del Estado aquellos que han sido establecidos en las normas jurídicas. Esto es aplicable no sólo al llamado *Estado de Derecho en sentido técnico (Rechtstaat)*, sino que también lo es al Estado autocrático; pero en este tipo, el principio fundamental de la conformidad de los actos individuales del Estado con la ley, no puede llegar a conocerse previamente, porque todo acto querido y establecido por el autócrata es ley implícitamente. Por consiguiente, cuando las constituciones modernas establecen un catálogo de derechos de libertad expresados por ejemplo en disposiciones como ésta: "el Estado no puede intervenir en tal o cual esfera de libertad", la supresión de dichas disposiciones, en nada modificaría la situación material del orden jurídico, salvo en el caso en que tales artículos tengan por objeto el hacer desaparecer una facultad antes existente que hubiese autorizado tales intervenciones en la libertad con merma de la misma. La superfluidad de estas regulaciones de los derechos de libertad, se pone en evidencia sobre todo cuando toman — como frecuentemente ocurre, — esta forma: "la intervención del Estado en determinadas esferas de libertad sólo se podrá realizar en tanto en cuanto se base en las leyes". Tal artículo es superfluo, porque esta fundamentación legal la necesita todo acto del Estado. Sin embargo, hay un caso en el cual tiene sentido e importancia esta regulación de los derechos de libertad, a saber cuando adopte *el carácter*

de leyes constitucionales formales (de leyes constitucionales especialmente cualificadas desde el punto de vista formal), *es decir, cuando la modificación de las normas que regulen los derechos de libertad sólo sea posible mediante condiciones especiales, de mayor dificultad que la legislación ordinaria, precisas para reformar la ley constitucional, v. gr. cuando se requiere para acordar dicha reforma una mayoría especial en el parlamento.* Entonces, la autorización legal para intervenir en la esfera de libertades protegidas, sólo puede lograrse mediante una *ley modificadora de la constitución,* y, por lo tanto, de una manera más dificultosa que por una ley ordinaria. Entonces, la esfera de libertad goza de una superior protección jurídica, sin que por eso se convierta en una serie "derechos". Ahora bien, la garantía de un derecho de libertad no debe llevarse a cabo, como sucede frecuentemente, mediante enunciados como éste: "la propiedad es inviolable; las expropiaciones sólo podrán verificarse según lo dispuesto en la ley"; ni tampoco tiene sentido ni ningún alcance, el artículo que diga: "la libertad de manifestación del pensamiento sólo puede ser limitada por la ley": pues en estos ejemplos, la garantía constitucional que tienen tales esferas de libertad, se halla de hecho suprimida al poder intervenir la legislación ordinaria en dichas esferas fundándose en la delegación hecha a favor de ella por la misma constitución.

39. *La esencialidad de la relación pasiva o deber.*

Si examinamos las diversas formas en que la conducta humana puede aparecer en calidad de autorización, pretensión o derecho subjetivo como contenido del orden jurídico, es decir, en las diversas formas en que puede participar en la creación del mismo, podremos deducir que esta *relación activa* no es ineludiblemente necesaria; es decir, desde el punto de vista formal no es absolutamente preciso que

el conjunto de individuos que constituyen el pueblo, por hallarse subordinados a las normas (esto es, por la relación *pasiva* de obligatoriedad en que se halla su conducta), se encuentren además en la relación *activa* que implican los llamados derechos subjetivos o facultades. Por su propia naturaleza, el orden estatal tiene necesariamente que vincular, que someter obligatoriamente las conductas individuales de un conjunto de hombres; pues éstos no pueden llegar a formar un Estado si su conducta no constituye de un modo efectivo el contenido de los deberes jurídicos establecidos por un orden de Derecho. Ahora bien, el orden jurídico puede conceder a los individuos de ese grupo la facultad de participar en la formación o producción de ese orden jurídico, de suerte que su conducta sea elevada en determinada forma a una condición para crear las normas generales o las individualizadas que han de ser establecidas, ya unilateralmente, ya bilateralmente; *puede hacer* esta concesión *pero no tiene forzosamente que hacerla.* Es posible pero no es necesaria. Es evidente que el pueblo puede carecer de derechos políticos, es decir, que el pueblo puede no participar en modo alguno, en la creación de las normas *generales.* No data de muy lejos el momento a partir del cual, en los Estados modernos, los sometidos al orden jurídico, participan en la creación de éste (en su forma general, esto es, en la legislación). Y aun actualmente la amplitud de esa participación es todavía muy varia. Que las mujeres pertenecen al pueblo del Estado, es decir, que están sometidas obligatoriamente al orden estatal, es indudable; pero el que deban estar políticamente capacitadas, es todavía, en muchos pueblos, tema de viva lucha política. La democracia no es una forma esencialmente necesaria al Estado.

Pero además, téngase en cuenta que la autocracia (que es una de las formas posibles del Estado) significa que es

un único sujeto quien establece el Derecho — incluso en el grado de creación de las normas individualizadas; — y así, este individuo, se halla fuera del campo de vigencia del orden estatal en sentido estricto: no se encuentra pues en relación de subordinación a las normas, y por consiguiente no pertenece al *pueblo*. Sin embargo adviértase que tal idea, no es plenamente realizable en toda su amplitud y rigor; pero trata de salvarse mediante la ficción de que, aquellos individuos de los cuales tiene que servirse el autócrata para dictar las normas y para realizar los actos imperativos y administrativos (sentencias y órdenes administrativas) — pues él, naturalmente, carece de la posibilidad material de hacerlo todo, y atender a todo, — son tan sólo sus *representantes;* es decir, que estos individuos, de los cuales se sirve el autócrata para la producción de normas jurídicas y a los que tiene que conceder una participación en la formación de voluntad del Estado, como órgano de éste, obrando en representación de aquél, son él mismo, en suma, su *alter ego*. En todo caso, el número de estos individuos es sumamente pequeño en comparación con la masa del pueblo.

Por otra parte adviértase asimismo, que en las democracias modernas el principio democrático, es decir, la capacitación política, se limita a la participación del pueblo en la legislación, quedando la ejecución — jurisdicción y administración, — en principio, regulada de un modo autocrático. Un derecho subjetivo político general de los súbditos a participar en la ejecución lo mismo que en la legislación, no existe todavía: la evolución en este sentido está sólo en sus comienzos.

Pero igualmente aquella forma de capacitación consistente en la posibilidad que tiene el individuo particular por medio de la *actio* (demanda o querella), de poner el orden jurídico a su disposición, para proteger sus intereses,

tampoco constituye algo esencial al orden estatal. No hay que dejarse engañar por la consideración de que esa modalidad técnico-jurídica del derecho subjetivo se encuentre muy difundida, y la hallemos incluso en la monarquía absoluta; a pesar de ello no tiene el carácter de necesidad esencial. La demanda privada como condición para la realización del acto coactivo, está tan unida al principio de la propiedad privada, que un orden jurídico que la desconociese, es decir, un Estado socialista, no tendría que hacer ningún empleo del indicado medio técnico-jurídico. Un Estado de ese tipo, no concedería derechos subjetivos en el sentido indicado. Pero en cambio, si además renunciase a la creación de deberes jurídicos, es decir, si renunciase a poner determinados hechos bajo la sanción de ciertos actos coactivos, entonces ese orden ya no sería Estado, porque ya no constituiría una ordenación coactiva.

Por otra parte, tampoco es concebible un orden estatal que no conceda cierto campo a la autonomía privada. Ahora bien, hasta qué punto sea esto posible es ya otro problema. Aquí discutimos tan sólo la cuestión de si únicamente es esencial al Estado la relación pasiva del ciudadano con el orden jurídico, o también la activa.

40. *La ciudadanía.*

Porque la conducta atentatoria contra la vida, salud, honor e intereses económicos del individuo, constituya de ordinario la condición de un acto coactivo contra el autor de la misma, no es razón para considerar al *hombre* necesariamente como objeto de una acción protectora, ni esto a su vez como contenido esencial del orden jurídico. Hasta cierto punto y por regla general esto forma parte efectivamente del contenido del orden jurídico; pero el círculo de individuos que se hallan protegidos de ese modo, es muy variable en amplitud según los diversos regí-

menes. Así, recuérdese los Estados en los cuales un gran núcleo de individuos, quizá la mayor parte, *los esclavos*, no participaban de esta protección. También sin protección y carente por completo de derechos, se hallaba primitivamente el *extranjero*, que significaba lo mismo que "*enemigo*". Gradualmente se le fué concediendo protección, y posteriormente también capacidad. En oposición a los faltos de protección y de derechos o a los extranjeros que tienen una capacidad disminuída, se va formando el concepto de *ciudadano*. Este concepto conserva todavía actualmente importancia, pues el *extranjero* no tiene aún plena capacidad, aunque generalmente en cuanto al llamado Derecho privado y a una parte del público esté equiparado al ciudadano. El extranjero, en los Estados actuales, tiene derecho a reclamar judicialmente en su favor a los funcionarios la protección del orden juridico, lo mismo que el ciudadano, pero siempre carece de los *derechos políticos en sentido estricto*. Donde existe el servicio militar obligatorio, tampoco el extranjero se encuentra sometido a él. Por lo demás, los extranjeros con respecto a los deberes, son, en general, equiparados a los ciudadanos. El deber de fidelidad y obediencia de los ciudadanos — enunciados por algunos, — *es tan sólo un mero postulado ético-político sin ningún alcance jurídico*, mientras no se manifieste en deberes jurídicos concretos, esto es, en ciertas consecuencias coactivas (sanciones) de actos declarados antijurídicos. Los funcionarios sólo están facultados para expulsar fuera del territorio del Estado — por lo menos de ordinario — a los extranjeros y no a los ciudadanos. Sin embargo, en determinadas condiciones y como pena contra ciertos delitos, los ciudadanos pueden a veces también ser *expulsados del país*. Los ciudadanos son los únicos que disfrutan en el extranjero, de la protección de los representantes diplomáticos de su Estado. Este es el contenido que

por regla general tiene la institución jurídica de la *ciudadanía* en el Derecho moderno. Respecto a la *adquisición y pérdida de la ciudadanía,* contienen los diversos órdenes jurídicos de los Estados singulares, disposiciones muy diferentes. Generalmente, el hijo legítimo sigue la ciudadanía del padre, el ilegítimo el de la madre, la mujer la del marido. A veces, también adquiérese la nacionalidad por nacimiento en el territorio o por una larga y cualificada permanencia en el mismo. Otros fundamentos de adquisición son: la legitimación de un hijo ilegítimo por el jefe del Estado y la adopción.

La ciudadanía es una institución corriente en los Estados modernos, *pero no es esencial al Estado como tal.* El Estado ha de tener *súbditos,* pero no es forzoso que tenga ciudadanos. Y por eso los extranjeros pertenecen también al pueblo del Estado, en tanto en cuanto que se encuentren sujetos al orden jurídico estatal. Esto es así incluso cuando carecen de derechos y tienen solamente deberes jurídicos.

Así, el pueblo del Estado no se compone únicamente de los ciudadanos; éstos forman tan sólo, dentro del pueblo del Estado, un grupo de individuos especialmente capacitados y especialmente obligados.

c) La estructura espacial del Estado

La centralización y la descentralización; las uniones de Estados

41. *La centralización, y respectivamente descentralización, parcial y total.*

Las normas que componen el orden jurídico del Estado, pueden tener todas una esfera de vigencia igual, es decir, pueden valer todas para todo el territorio del

Estado; o, por el contrario, de las normas que componen dicho orden jurídico, unas pueden tener vigencia en todo el territorio, y otras tenerla limitada sólo a una parte del mismo; Dos normas que se refieren al mismo objeto, pero con vigencia espacial diferente, pueden, naturalmente, tener distinto contenido, es decir, pueden regular el mismo objeto de diferente manera. Las normas vigentes en cierta parte del territorio forman órdenes jurídicos parciales y constituyen comunidades asimismo parciales, las cuales son *"miembros" espacialmente* diferenciados del Estado total. Esta *estructura espacial* del Estado, es idéntica a aquella producida por lo que llamamos *"descentralización"*. Se pueden distinguir varios *grados cuantitativos* de descentralización — y, por lo tanto, los correspondientes de *centralización* — según el grado de relación que exista entre la cantidad e importancia de las normas centrales (es decir, las que tienen vigencia en todo el territorio), y las locales (o sea las normas que tienen vigencia solamente en una parte de aquél). El *caso límite* de centralización total se da, cuando *todas* las normas del sistema valen, sin excepción, para todo el territorio; y el de *descentralización total* cuando todas las normas del sistema, sin excepción, valen solamente para una parte del mismo. Sin embargo, para que en el último caso se pueda hablar de la estructura de un *todo*, de descentralización de una comunidad unitaria, tiene por lo menos que ser presupuesta una norma *fundamental hipotética* con vigencia para el territorio total — compuesto de la suma de todos los territorios parciales, — ya que sólo entonces, las otras normas establecidas se pueden presentar con una vigencia limitada a una parte del territorio. Ahora bien, este caso límite de descentralización *total* — como igualmente el de centralización *total* — no se presenta en la realidad del Derecho positivo. Entre aquellos dos casos límites se

encuentran los diversos tipos de descentralización *parcial;* cada uno de éstos al propio tiempo, representa respectivamente un grado de centralización parcial. La descentralización parcial puede estar dispuesta, o bien de tal modo que sólo se refiera a *grados* especiales del orden jurídico, o bien aplicada a esferas materiales particulares en cuanto a su contenido — sin consideración a los distintos grados. — En el primer caso se incluyen, por ejemplo, como normas centrales todas las leyes *constitucionales* que tienen vigencia en todo el territorio, y como descentralizadas o locales, todas las demás normas generales y particulares (actos de ejecución) con mera vigencia para una parte del mismo; también es posible que todas las normas generales (leyes) deban ser normas centrales, y todas, o por lo menos ciertas normas particulares, tengan solamente vigencia en una parte del territorio. Hasta aquí, por lo que respecta al primer caso. En el segundo, la competencia material está dividida entre el orden central y los órdenes locales, de tal modo que, por ejemplo, en todos los asuntos que se refieren al Derecho civil, se aplican normas centrales, y en todos los asuntos de naturaleza industrial se aplican solamente normas locales.

42. *El momento estatico y el momento dinámico.*

En el problema de la centralización o descentralización, no sólo interesa considerar el momento o aspecto *estático* de las diversas esferas de vigencia espacial de las varias normas que integran un orden jurídico, sino que además hay que tener en cuenta — aunque sólo sea en segundo plano — el momento *dinámico* o procedimiento, mediante el cual es establecida la norma, esto es, la dimensión referente al órgano creador de la norma. En este respecto tiene importancia determinar si es el mismo órgano o son diferentes los que establecen las normas cen-

trales y los que estatuyen las locales. La centralización es igualmente posible, siendo uno o siendo varios los órganos que establecen las normas centrales; sin embargo, la idea de centralización se concibe con mayor claridad cuando todas las normas centrales son establecidas por un órgano único y, a ser posible, simple. No obstante, de ningún modo implica descentralización, el que las normas centrales, atendiendo a las diversas esferas concretas, sean establecidas por diversos órganos o mediante actos diferentes de un órgano — lo que en difinitiva viene a ser análogo. — Por otra parte, teóricamente, también se puede pensar en el caso de un Estado descentralizado en el que todas las normas locales, o aun más, en el que las normas centrales y todas las normas locales sean establecidas por un mismo órgano, es decir, sólo por una y la misma persona, aunque por diferentes actos de la misma. En este caso habría una *unión personal* entre los órganos de los diferentes órdenes parciales (locales), o, respectivamente, una unión personal entre el órgano central y los locales. Ahora bien, cuando la descentralización se practica precisamente con el fin de que se puedan establecer *normas diferentes por su contenido,* pero sobre un mismo objeto para distintas partes del territorio, entonces, suele evitarse la unión personal creando diversos titulares (órganos) para el establecimiento de los diferentes órdenes parciales.

43. *La descentralización completa y la incompleta.* Además de la distinción gradual puramente *cuantitativa* entre descentralización y, respectivamente, centralización *total* y *parcial,* es necesario señalar una diferencia *cualitativa* entre descentralización completa e incompleta. La descentralización es *completa* cuando el acto por el cual se establece una norma, vigente sólo en una parte del territorio, *es definitivo* e *independiente. Definitivo* en

cuanto no exista la posibilidad de que la norma local sea suplantada y suspendida por otra norma central: posibilidad que tenemos, por ejemplo, cuando la competencia legislativa se encuentra repartida entre un órgano central y varios locales (como en el Estado federal); en este caso una determinada materia cae dentro de la competencia de la legislación local; pero la ley local especial relativa a aquella materia, puede, en determinadas condiciones, ser suspendida y suplantada por una ley central contraria — como ocurre a tenor del principio de que "el Derecho del *Reich* prevalece sobre el de los Estados miembros" (*Reichsrecht bricht Landesrecht*). Como hemos dicho, el otro carácter de la descentralización completa, es la *independencia:* es decir, que el contenido de la norma local, no sea determinable por una norma central. Así, por ejemplo, tenemos una descentralización *incompleta,* (a fuer de dependiente) cuando la legislación se encuentra repartida entre un órgano central y varios locales, de suerte que, la ley local, tiene determinado su contenido por una ley central, que establece los principios generales que aquélla debe concretar en detalle.

44. *La descentralización administrativa.*

Aquella forma de organización que suele llamarse "*descentralización administrativa*", representa un caso de descentralización incompleta en la esfera de lo ejecutivo. El Estado se estructura en provincias administrativas o judiciales; las provincias, en circunscripciones; y éstas en distritos. Estas divisiones constituyen los campos dentro de los cuales pueden dictarse con vigencia las normas individuales (decisiones administrativas o sentencias judiciales), por los respectivos órganos, estructurados jerárquicamente — esto es, subordinados unos a otros — (ministro, gobernador de la provincia, jefe de la circunscrip-

ción, jefe del distrito; tribunal supremo, tribunal provincial, tribunal de la circunscripción, tribunal del distrito). La ejecución, es decir, el establecimiento de las normas individuales — o sea de las que concretan de modo individualizado lo establecido por la ley, — se verifica, ante todo, en lo que respecta al campo más restringido de vigencia, por el jefe del distrito, o por el tribunal del mismo. Pero esta decisión o disposición *no es definitiva.* En la organización por instancias, es decir, por apelación de las partes, este acto puede ser *suspendido* o *substituído* mediante una norma establecida por un órgano superior.

La distinción entre administración y jurisdicción, radica en que la segunda, la norma que ha de ser dictada por la instancia inferior, no puede tener determinado su contenido por una decisión de la instancia superior; los tribunales son por principio *independientes;* en cambio, esto no es propio de la administración *sensu stricto,* pues sus funcionarios carecen de independencia.

45. *La descentralización por medio de cuerpos autónomos.*

La descentralización por autonomía. representa otro tipo de estructuración del Estado. En el concepto de la *autonomía* confluye el principio de la *descentralización,* con la idea de la *democracia,* esto es, de la autodeterminación. Los órganos encargados de establecer normas locales individuales, y en cierta medida también generales, son elegidos por aquellos para quienes las normas establecidas han de ser obligatorias. El orden creado de este modo constituye los llamados *cuerpos autónomos,* cuyo tipo más característico lo tenemos en el municipio. El concejo comunal o ayuntamiento, elegido por los vecinos del municipio, y su presidencia (el alcalde y sus representantes,

etcétera), elegida por aquél, son los órganos (locales) descentralizados. La descentralización abarca únicamente ciertas materias: la competencia del municipio es limitada, pues tan sólo alcanza fundamentalmente a la creación de las normas individuales. Sin embargo, también es posible que los órganos municipales dentro del marco que las leyes centrales les fijen, dicten leyes generales, que constituyan los llamados *estatutos autónomos.* La autonomía será entonces perfecta, cuando la descentralización sea completa: por lo menos frente a los órganos centrales del Estado organizados *autocráticamente.* Sin embargo, la mayoría de las veces se concede a los órganos centrales, por lo menos un derecho de inspección, a saber, la facultad de suspender los actos ilegales de los cuerpos autónomos, aunque sin poder substituirles con normas dictadas por sí mismos.

Cuando un cuerpo autónomo se reúne junto con otros formando un grupo autónomo más amplio (y superior) o, mejor dicho, cuando la adminisración es autónoma o democrática, no sólo en primera instancia sino también en la superior, entonces puede quedar aminorado el grado de descentralización que medie en la relación entre el cuerpo autónomo inferior y el superior. En efecto, entonces no hay ningún obstáculo, para que en este caso, se conceda un procedimiento por instancias desde la comunidad local más pequeña hasta la más amplia, o una facultad de casación o de reforma a la instancia superior sobre la inferior.

Para explicarnos el alto grado de descentralización de que disfrutan las corporaciones autónomas dentro de los Estados modernos, hay que tener en cuenta que mientras que éstos, y en especial sus *funcionarios centrales,* se encuentran organizados de una manera fundamentalmente *autocrática,* en cambio, los órganos locales, y en especial el municipio, han tenido desde siempre una constitución

democrática. Descentralizar estos órganos democráticos del Estado, significó liberarlos de la influencia del órgano central autocrático. La lucha por la autonomía es, en definitiva, *lucha por la democracia.* El derecho "propio" de los cuerpos autónomos frente al Estado, tantas veces afirmado por las teorías al uso, es solamente la construcción iusnaturalista de un postulado político. Hoy en día, con la democratización general del Estado, desapareció ya esta razón política de sostener una oposición teorética, entre la administración del Estado, y la administración autónoma. *La autonomía es sólo una forma especial de la administración del Estado.*

46. *La descentralización por "países".*

Si se aumenta el grado de descentralización característico de los cuerpos autónomos, extendiéndolo no sólo a normas individuales (ejecución) sino también a las generales (legislación) — lo cual ordinariamente trae anejo un campo de vigencia espacial relativamente mayor de las normas locales, — entonces tendremos lo que se llama *descentralización por "países" (Länder)*. En este caso, tanto la ejecución como la legislación, se encuentran repartidas entre órganos centrales y órganos locales. Reciben, pues, el nombre de *países* las colectividades parciales constituídas por órdenes parciales (de normas generales e individualizadas), y representadas por órganos legislativos y ejecutivos locales. Es muy difícil distinguirlos de los grandes cuerpos autónomos, especialmente de las llamadas mancomunidades municipales, y de las provincias o regiones autónomas; sobre todo si éstas tienen cierta competencia para dictar normas generales — estatutos autónomos, también llamados leyes regionales, — y si los órganos legislativos y eventualmente también los ejecutivos, tienen un carácter democrático, es decir, si son electivos sus miem-

bros. La diferencia, pues, tan sólo puede hallarse en una mayor extensión de la competencia legislativa.

47. *El Estado-miembro en la Federación.*

Entre los *"países" (Länder)*, y los llamados *"Estados miembros"* de un *Estado federal*, hay tan sólo una diferencia relativamente pequeña. El Estado federal representa un *aumento del grado de descentralización:* tenemos este tipo cuando no sólo la ejecución y la legislación se encuentran repartidas entre una autoridad central y varias autoridades locales, sino cuando, además, se confiere a los órganos legislativos locales competencia para *darse la constitución* en su esfera particular — bien de un modo total o bien solamente parcial, es decir, dentro del marco fijado por las normas establecidas en la constitución central. Aquí podemos hablar de una *autonomía de la constitución,* más o menos amplia, la cual puede también darse, por lo menos en cierto grado, en los llamados "países". Para que los miembros sean considerados como "Estados" es preciso que *participen en la legislación central* o *además incluso en la ejecución central.* Esto se lleva a cabo técnicamente haciendo que el órgano legislativo central se encuentre formado por dos *corporaciones,* de las cuales una procederá de elección por todo el pueblo — *cámara popular,* — *(Volkshaus)*, mientras que la otra se compondrá de miembros designados por los Parlamentos locales, o bien por los gobiernos locales — *cámara de países* o *cámara de Estados (Staatenhaus)*. — Esta es la organización característica del poder legislativo central en el Estado federal. La *cámara de Estados* puede también participar en la ejecución central. Así, el tipo normal del Estado federal implica que, cada Estado-miembro tiene en la cámara de países o Estados *igual participación* en la formación de la voluntad del Estado federal, en tanto que dispone de

igual número de votos o representantes, independientemente de su magnitud. Sin embargo, cabe que haya excepciones a esta regla. Asimismo, en lo referente a la relación entre la cámara popular y la cámara de los países, el tipo normal de Estado federal, postula la igualdad de ambas. No obstante, es posible que se dé un predominio de la primera sobre la segunda, de suerte que la cámara de Estados, por ejemplo, sólo tenga un veto suspensivo contra los acuerdos de la cámara popular.

Ahora bien, si estimamos, según acabamos de ver, que la esencia de la Federación consiste en un grado y en una forma específica de descentralización, lo único que nos permitirá determinar si un Estado es o no federal, es el examen del contenido de su constitución y no el nombre que más o menos arbitrariamente adopte. En cambio, será totalmente indiferente cuál haya sido la forma de su origen, su proceso genético, esto es, si ha nacido por medio de un *contrato* (en el que se establezca la constitución), entre Estados hasta entonces "soberanos", es decir, entre Estados antes sólo sometidos al orden jurídico internacional; o merced a una *ley* de un Estado unitario, que se transforme mediante ella en Estado federal. El problema llamado de la soberanía en el Estado federal, es decir, la cuestión acerca de si son soberanos los *Estados-miembros* o lo es la *Federación* (es decir, si son soberanos los órdenes locales o el orden central o ambos a la vez), no existe en puridad: se trata de un pseudoproblema que ha planteado inútilmente grandes dificultades a la literatura política moderna.

48. *Federación y Confederación.*

Si concebimos el Estado federal como un mero tipo de descentralización, queda borrada toda diferencia fundamental entre éste, y la llamada *Confederación* de Estados.

Entre ambos no hay sino una diferencia de grado; la segunda representa sólo un mayor grado de descentralización.

En la Confederación existe, lo mismo que en el Estado federal, un reparto de la competencia legislativa y de la ejecutiva entre una autoridad central y varias locales. Pero así como en el Estado federal las competencias principales corresponden al orden central, o cuando menos existe un cierto equilibrio entre la competencia central y la local, y singularmente la política exterior es de competencia *exclusiva* de la Federación, esto es, del orden central; por el contrario en la Confederación, la competencia de mayor amplitud y de más importancia corresponde a los Estados-miembros, esto es, a los órdenes locales), y la competencia asignada a los órganos centrales representa una excepción. Los Estados-miembros de la Confederación pretenden tener en principio una competencia total; de ella por vía de excepción son separadas sólo ciertas cuestiones que se atribuyen a la competencia central de la Confederación; por ejemplo, las relaciones exteriores, y aun esto *tampoco de una manera exclusiva*, pues los Estados-miembros siguen teniendo cierta competencia para los negocios extranjeros, al lado de la que corresponde a la Unión confederal.

A esto hay que añadir además, que la legislación central compete a un órgano que no procede del sufragio popular directo, sino que está compuesto por delegados de los gobiernos de los Estados confederados. Todos los miembros están, por lo menos en principio, igualmente representados; además, para tomar ciertos acuerdos importantes, especialmente para las modificaciones de la constitución, es necesaria generalmente *la unanimidad;* en lo demás, de ordinario basta simple mayoría de votos. Pero hay que advertir, además, algo que tiene excepcional importancia, a saber:

que las normas generales establecidas por los órganos centrales rigen para los súbditos sólo de un modo *mediato,* porque para que estas leyes confederales sean obligatorias para los individuos (cuya conducta quieren regular) es necesario que sean promulgadas por los Estados-miembros. Por tanto, el proceso legislativo respecto a las normas generales centrales sólo está *parcialmente* centralizado, pues uno de sus momentos más importantes, a saber, el acto de la publicación, que es el que le da fuerza obligatoria, pertenece a la competencia local.

Asimismo, la organización de la función ejecutiva de la Confederación, es mucho más rudimentaria que la del Estado federal. El Estado federal, pone además del órgano legislativo, *un órgano propio de gobierno,* y tiene un *jefe de Estado,* propio, igual que en el Estado unitario, por el contrario, en la Confederación, es el órgano legislativo central quien desempeña las funciones ejecutivas (que caen dentro de la competencia central), bien inmediatamente por sí mismo, bien por medio de una comisión. También los actos ejecutivos en general tienen sólo una vigencia *mediata;* sin embargo, en esta materia las excepciones son más frecuentes y numerosas que en la esfera legislativa.

Convendrá examinar la diferencia entre Federación y Confederación en los actos ejecutivos de materia militar. El tipo confederativo implica que cada Estado particular, suministra un determinado contingente militar para el caso de guerra, y que la totalidad de éste se pone a las órdenes de un generalísimo de la Unión que, o bien es elegido por el órgano colegiado central, o bien puede ser determinado de un modo inmediato por la constitución confederal.

Los gastos públicos de la Confederación son satisfechos por medio de impuestos o cuotas de matrícula, que pagan los Estados particulares confederados. En cambio,

en el Estado federal corresponde a éste — a sus órganos centrales — la competencia de dictar y ejecutar directamente las leyes tributarias o fiscales.

Cuando los Estados particulares confederados cumplen los deberes que hacia la Unión les ha impuesto la constitución central, aquélla puede aplicar la llamada "ejecución confederal" *(Bundsexekution)* (que no es sino un acto coactivo militar, semejante al bélico), contra el Estado que falta a su deber. En el Estado federal, en cambio, en lugar de la responsabilidad objetiva y restitutoria (*Erfolgshaftung*) de índole colectiva puede establecerse una responsabilidad individual del órgano del Estado particular que haya incurrido en culpabilidad por no haber cumplido el deber que la constitución federal impone a aquel Estado-miembro; con lo cual se consigue que sea una instancia o tribunal objetivo, quien enjuicie y sancione el acto antijurídico.

49. *Otros tipos de unión de Estados.*

Existen además otros tipos de unión de Estados, en los cuales el grado de centralización es todavía menor que en la Confederación: son aquellas *uniones de Estados* en las cuales no cabe que se establezca con vigencia para toda la Unión, ni normas generales, ni actos legislativos, sino solamente normas individuales y actos ejecutivos; tal es el caso de los Estados monárquicos unidos por el hecho de tener un mismo rey. Ahora bien, si se trata de monarquías constitucionales (en las cuales los actos del rey necesitan el refrendo de un ministro responsable), caben dos formas de organización: unión real o unión personal, es decir, o bien las cuestiones sobre las cuales el rey puede decretar actos administrativos con vigencia para los Estados, (las cuales generalmente son las *relaciones exteriores* y la guerra), deben ser decididas con el concurso de ministros

comunes, por ejemplo, el de negocios extranjeros, o el de la guerra; o bien tienen que ser resueltas por un acto del monarca común, con las firmas de los ministros del ramo, de cada uno de los Estados reunidos. Ahora bien, adviértase que en el caso de que todos los asuntos que afectan a las relaciones exteriores y a la guerra sean comunes en lo que se refiere a sus actos ejecutivos, consiguientemente serán también comunes todos los demás órganos de estas ramas administrativas, es decir, que los *Estados unidos* tendrán una representación común en el extranjero y un ejército común. Sin embargo, al lado de este ejército, cada uno de los Estados puede tener otro independiente. Los actos ejecutivos comunes, se realizan fundamentándose, no en leyes comunes, sino en leyes particulares de cada uno de los *Estados unidos,* pero de contenidos coincidentes.

Ahora bien, en tanto en cuanto sea preciso tomar medidas para establecer aquella coincidencia de contenido (valiéndose, por ejemplo, de comisiones parlamentarias comunes, o haciendo que los respectivos órganos legislativos se comuniquen mutuamente sus decisiones), se da ya la base inicial de una organización que se aproxima ya al tipo de la Confederación y aun virtualmente del Estado federal.

Veamos ahora el tipo de unión personal: lo único común es el monarca y éste no tiene facultades para realizar ningún acto de ejecución con vigencia común para los dos Estados, por ejemplo, no puede concertar con un tercer Estado un convenio que tenga vigencia para los dos Estados unidos, antes bien, necesita para ello celebrar dos convenios (uno para cada uno de ambos Estados). En este caso, la unión estriba tan sólo en la comunidad del *individuo o titular* que desempeña la función de jefe del Estado: no hay propiamente comunidad de función y, por lo tanto, tampoco comunidad de *órgano;* lo común es sólo la perso-

na del titular; los dos órganos, esto es, las dos jefaturas de Estado que desempeña son distintas. En este caso, pues tenemos solamente una mera *unión personal,* mientras que en el tipo que examinamos primero se daba una *unión real.*

Llámase *Protectorado* aquella unión de Estados en la cual uno de ellos, el *protector,* se compromete a proteger internacionalmente al otro, en particular contra los ataques bélicos de terceros; a cambio de lo cual, el Estado protegido renuncia al ejercicio independiente de ciertas funciones, sobre todo en el terreno de la política exterior; de tal modo que está representado en todas las relaciones internacionales (o, por lo menos, en las más importantes), por el Estado protector; esto es, los órganos del Estado protector que desempeñan la política exterior, pueden dictar actos ejecutivos que valen también para el Estado protegido. Por tal motivo, esta unión puede caracterizarse como *desigual,* a diferencia de la unión real, con la cual tiene, no obstante, alguna semejanza.

Finalmente, todo tratado internacional, produce una unión de Estados en el más lato sentido de esta palabra, en tanto en cuanto por el convenio dos o más Estados se obligan a seguir una determinada conducta sobre alguna materia. El criterio decisivo para clasificar estas uniones, consistirá en atender a si el pacto que las constituye, delega o no la creación de normas jurídicas, generales e individuales, con vigencia para todo el territorio perteneciente a los Estados obligados. Según sea la importancia y extensión de las materias para las cuales se dé una creación común de normas jurídicas, se obtienen formaciones o productos más o menos análogos a los tipos llamados *sensu stricto,* "uniones de Estados", Estado federal, Confederación, Uniones, etc.

50. *La comunidad jurídica internacional.*

Adviértase que también la *comunidad jurídicointernacional,* como tal, es una unión de Estados. Las normas del llamado *Derecho internacional común* establecidas por vía consuetudinaria, son las normas generales vigentes en el territorio total de esta comunidad. Su *constitución,* es decir, la regla según la cual pueden ser creadas *nuevas normas generales,* se halla expresada en el principio jurídico: *pacta sunt servanda,* cuyo sentido es el siguiente: se puede establecer normas generales que rijan para dos o más Estados, e incluso para todos, por un órgano compuesto de los representantes de los Estados, en los cuales deberán tener vigencia dichas normas generales, si esos representantes lo acuerdan por unanimidad. El Derecho internacional no determina quiénes haya de ser los que representen a los Estados particulares; se limita a atenerse a lo que disponga sobre ello la constitución de cada uno de ellos. Los órganos de los Estados particulares que conciertan un determinado tratado de Derecho internacional (jefes de Estado, ministros del exterior o parlamentos), forman reunidos el *órgano de la comunidad jurídica internacional creador del Derecho internacional.* Si solamente contratan algunos Estados, tendremos un *órgano parcial;* pero si los que conciertan el tratado son todos los Estados, entonces se dará un verdadero *órgano universal.* La comunidad jurídicointernacional universal, representa el tipo de un orden jurídico descentralizado parcialmente. Dentro de la sociedad jurídica universal, se pueden formar comunidades parciales más restringidas mediante tratados internacionales, las cuales serán, por así decirlo, construcciones intermedias que se establecen entre la sociedad internacional universal, y el orden jurídico de los Estados singulares.

Así, pues, la idea de la *centralización*, y respectivamente la de la *descentralización*, aparece como el principio fundamental para la estructuración de las diferentes comunidades jurídicas, como el verdadero *principium individuationis* que frente a la idea de la unidad, al *principium unitatis (la norma fundamental)* sirve para explicar *la variedad de las estructuras jurídicas*. Aparece, pues, como la ley según la cual *todas las estructuras jurídicas pueden ordenarse en una serie continua de formas, de suerte que por grados sucesivos se puede pasar de una a otra, convertir una en otra;* la serie, que comienza en la sociedad contractual más simple de Derecho civil, y que a través de la asociación, del municipio, del país, del Estado miembro, del Estado federal, del Estado unitario, de las Uniones o alianzas de Estados, y de la sociedad contractual internacional, encuentra, por último, su término en la sociedad internacional universal.

III. LA CREACIÓN DEL ORDEN ESTATAL

A) **Los grados de la producción del derecho**

Los tres poderes o funciones del Estado

51. *Legislación y ejecución.*

Según la concepción tradicional, el poder unitario del Estado se descompone en tres poderes coordinados entre sí: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En estos tres poderes deben encontrar expresión las tres *funciones fundamentales* del Estado: la Legislación, la Jurisdicción o Jurisprudencia (declaración de Derecho) y la Administración.

Ahora bien, puesto que toda función del Estado es función del Derecho, la teoría de las funciones del Estado habrá de concebir el Derecho en su funcionamiento, es decir, *el movimiento propio y específico del Derecho;* o lo que es igual, el Derecho desde el punto de vista de su *dinámica.* Por consiguiente, función del Estado es *función creadora de Derecho;* es el proceso graduado (o escalonado) y sucesivo del establecimiento de las normas.

El Derecho tiene la peculiaridad, de que él mismo regula su propia creación, de tal modo que la producción de una norma de Derecho, constituye una situación, que está regulada por otra norma jurídica "superior" ; y al propio tiempo la norma inferior creada por ésta, determina a su vez el modo de creación de otra norma subordinada a ella. Todo hecho de producción de una norma representa, ade-

más, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de ejecución de la misma. A su vez, la norma creada en este acto, será ejecutada de nuevo mediante otro hecho creador de una norma "inferior". En el curso de este proceso productor del Derecho (en incesante y perenne renovación), que siempre va sucesivamente de una situación abstracta a otra más concreta, se van rellenando las normas generales con un contenido cada vez más individualizado. Si tenemos en cuenta que las *tres* funciones tradicionales, Legislación, Jurisdicción y Administración, se pueden reducir en principio a *dos,* reuniendo la Jurisdicción y la Administración dentro del *concepto lato de ejecución de leyes,* podremos afirmar que el contraste entre *creación y aplicación del Derecho* que suele expresarse en la oposición entre legislación y ejecución, entre *legis latio* y *legis executio,* no es en modo alguno rígido y absoluto, sino solamente muy relativo; porque viene a significar meramente la relación entre dos grados sucesivos del proceso productor del Derecho. Ahora bien, si la doctrina tradicional menciona tres poderes y sólo tres, se refiere con ello simplemente a los puntos o momentos de mayor importancia política o especialmente caracterizados en la formación dinámica del Derecho positivo. En todo caso no se trata de funciones colocadas en el mismo plano, exentas de relación y esencialmente diferenciadas entre sí, sino de una serie de grados de la producción del Derecho que determinan una relación de subordinación.

52. *La constitución.*

Esta serie escalonada o graduada desemboca en la *norma fundamental,* sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico en su propia relación dinámica. Según se acepte el primado del orden jurídico internacional o el primado del orden jurídico del Estado particular, la construcción

desembocaría respectivamente en la *norma fundamental del orden jurídico internacional,* o en la *norma fundamental del orden jurídico del Estado singular.* En cuanto que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano constituyente que ha de determinar la base del sistema jurídico, representa la *constitución en sentido lógico-jurídico.* Y en tanto, el legislador así determinado, establece las normas que regulan la legislación, es decir, la creación de *normas generales,* aparece, en calidad de grado inmediato, la *constitución en sentido jurídicopositivo, la constitución establecida,* o *positiva,* a diferencia de la primera que es la *constitución presupuesta como norma fundamental.* Por el término "*constitución*", en el sentido material más amplio de la palabra, hay que entender una norma o un conjunto de normas que regulan la creación de las otras. En sentido estricto solamente se emplea este término para designar los preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas de grado superior, y, en particular, la creación de las normas generales, llamadas "leyes". La constitución en este sentido, es, por decirlo así, tan sólo el primer jalón positivo para la creación del Derecho; un marco que recibirá por medio de las leyes (creadas conforme a la constitución), un contenido material o sea más concreto. Es, pues, exacto distinguir a veces al lado de la *legislación* ordinaria, la legislación constitucional como función especial. Asimismo empleando la metáfora personificadora podrá distinguirse, además del poder legislativo, un poder constituyente anterior a él, y que es quien establece a dicho poder legislativo.

La constitución en sentido jurídico positivo, puede determinar que las modificaciones o enmiendas de la misma (las primeras y todas las que sigan), es decir, que las leyes que alteren la constitución, para que puedan llegar

a ser leyes constitucionales, tengan que ser elaboradas siguiendo un procedimiento diverso del de las otras leyes (normas generales), bien porque se confíe su creación a un órgano (constituyente) distinto del órgano legislativo ordinario, bien porque este último deba seguir un procedimiento especial para llevar a cabo la reforma de los preceptos constitucionales. De esta distinción, entre leyes constitucionales y ordinarias, se deriva el concepto de *forma constitucional,* llamada también menos exactamente, *constitución en sentido formal.* Mediante esta forma constitucional, pueden ser reguladas otras materias jurídicas, diversas de las que corresponden estrictamente al concepto de constitución en el sentido material y rigoroso de la palabra (esto es, regla de creación de las normas generales que llamamos "leyes"). Por ejemplo, se halla regulada, mediante esta forma constitucional, la emisión de los actos ejecutivos supremos; así pues, no sólo el establecimiento y la competencia de los órganos legislativos, sino también de los órganos supremos ejecutivos. Además, se incluye ordinariamente bajo esta regulación constitucional formal, los llamados derechos fundamentales o de libertad, que consisten en limitar la posibilidad de realizar ciertos actos estatales que penetren en determinadas esferas de la libertad individual; así, por ejemplo, la libertad de creencias y de conciencia, la libertad de expresión del pensamiento, etcétera. Ahora bien, como quiera que el Estado para realizar cualquier acto necesita estar facultado por la ley, de aquí que una libertad garantizada por una ley constitucional (en sentido formal), significa solamente que el Estado para poder realizar un acto que afectase a dicha libertad tendría forzosamente que dictar una ley modificativa de la constitución. Pero si la ley constitucional delegara la regulación de este derecho de libertad a la legislación ordinaria, diciendo, por ejemplo, que la libertad de

exposición del pensamiento está garantizada dentro de los límites legales, entonces una garantía de esta especie carecería absolutamente de sentido (véase núm. 38).

A tenor de lo que acabo de exponer, se llega al concepto corriente de constitución en sentido lato, como comprensiva de las normas sobre el establecimiento de los órganos supremos del Estado y sobre las relaciones de los súbditos con el poder del mismo.

53. *Leyes y reglamentos.*

La legislación ordinaria, aparece como el grado inmediatamente inferior al de la constitución en su sentido estricto y material (es decir, norma que regula la creación de las normas generales o leyes). En sentido específico, *legislación* significa establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que lo realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de un parlamento con un monarca, o solamente este último. Sin embargo, el concepto de legislación aparece en la conciencia teorética con mayor evidencia, cuando la producción de las normas generales se encuentra claramente separada de la emisión de las normas individualizadas — o sea de la ejecución. Esto ocurre, cuando el pueblo o una representación del mismo participa en la legislación; es decir, cuando en la constitución se establezca el principio fundamental, de que toda *creación general de Derecho* — "legislación" — deriva *del pueblo o del parlamento* (o en algunos casos de éste en asociación con el monarca), mientras que el establecimiento de las normas individuales — ejecución — se reserve como una facultad del monarca, es decir, del jefe del Estado, o eventualmente de éste en unión con el ministro responsable. El acuerdo del parlamento (o de la Asamblea popular), sancionado en su caso por el jefe del Estado, constituye en la mayo-

ría de los regímenes jurídicos actuales *la forma de la ley*, o sea la llamada "*ley en sentido formal*", que puede tener también por contenido algo distinto de una norma general; esto en el supuesto de que la constitución admita la posibilidad de esos otros contenidos — es decir, la posibilidad de que se dicten normas individuales bajo la forma de leyes. En estos casos se habla de la ley en sentido *formal*, la cual suele oponerse a la ley en sentido *material*, que es sólo la norma jurídica general.

En las constituciones de los Estados contemporáneos se admite de ordinario la posibilidad excepcional, de que ciertas normas generales o de que todas las normas generales en determinadas circunstancias, puedan ser dictadas por un órgano distinto del que en principio y corrientemente está encargado de hacerlo, esto es distinto del órgano propiamente legislativo (como es el parlamento o la unión del parlamento con el jefe del Estado). A estas normas generales se les denomina reglamentos. Ordinariamente, todas las autoridades administrativas están facultadas por la constitución para dictar reglamentos, dentro de su respectiva esfera de acción, sobre *las bases de la ley* (establecida por el legislador propiamente dicho), y en vista a la realización inmediata de la misma. Estos reglamentos suelen versar sobre puntos de procedimiento y ejecución. Los reglamentos constituyen respecto a la ley un grado inferior, y significan una cierta concreción de la misma, pues en ellos se continúa ulteriormente el proceso de creación del Derecho.

Cosa distinta de esos reglamentos dictados para concretar y ejecutar lo dispuesto en la ley, son los reglamentos que suplen o modifican la ley, conocidos también con el nombre de *reglamentos de circunstancias excepcionales* o *de necesidad*. Las constituciones conceden frecuentemente al jefe del Estado — monarca o presidente — o al gobierno,

la facultad de dictar reglamentos provisionalmente y en determinadas circunstancias, cuando el órgano legislativo, es decir, el parlamento, no pueda funcionar; por ejemplo, en caso de guerra, o de trastornos interiores, etc. Estos reglamentos que suplen o sustituyen a las leyes propiamente dichas (propias del "legislador"), son también llamadas leyes o reglamentos provisionales con fuerza legal interina. Generalmente, tienen que ser sometidos después a la aceptación o convalidación del órgano propiamente legislador. el cual naturalmente podrá anularlos, en la mayoría de los casos. En la construcción graduada o escalonada del orden jurídico, dichos reglamentos excepcionales figuran al lado de la ley (esto es, en su mismo grado) e inmediatamente debajo de la constitución, la cual establece de este modo, por consiguiente, dos órganos legislativos, uno normal y otro excepcional.

54. *La sentencia judicial.*

La norma general que vincula a una situación de hecho abstractamente determinada, una consecuencia señalada en igual forma, necesita de individualización, para poder lograr su verdadero sentido. Es preciso comprobar con certeza, si se da concretamente el hecho previsto en abstracto por la norma general; y si es así, tiene que ser dictado, es decir, primero ordenado y luego realizado en concreto el acto coactivo que se halla también prescrito de un modo abstracto en la norma general. Tal es el papel que cumple la *sentencia judicial,* acto propio de la función llamada jurisdicción o poder judicial. Esta función en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo — según parece dar a entender la palabra "jurisdicción" y según supone la teoría corriente — como si el Derecho estuviera ya concluso en la ley, es decir, en la norma general, y sólo debiera ser expresado o ha-

llado en el acto del tribunal: no es así; más bien la función llamada jurisdicción, es *absolutamente constitutiva* de Derecho, es productora de Derecho en el propio sentido de la palabra. Pues el determinar singularmente una situación concreta de hecho, a la cual se debe ligar una consecuencia jurídica específica, y la vinculación en particular de esta consecuencia a aquella situación, constituye una forma de creación de Derecho, que es la que se verifica en la sentencia judicial; y sólo mediante ella puede llevarse a cabo. Así como los dos elementos (hecho y consecuencia jurídica), deben ser ligados por la ley en la esfera de lo general, así también en el dominio de lo individual tienen que serlo por la sentencia judicial. Por eso la sentencia judicial es una *norma jurídica individual;* es la individualización o concreción de la norma general o abstracta; es, en suma, la continuación del proceso productor del Derecho que va de lo general a lo individual. Lo que impidió que esto fuese visto claramente, fué sólo el prejuicio de considerar que era Derecho únicamente lo encerrado en la norma general, es decir, el prejuicio de la *errónea identificación entre Derecho y ley.*

55. *El negocio jurídico.*

La sentencia judicial no es el único medio por el cual pasa el Derecho del estado abstracto (general) al concreto (individual). Cuando los Tribunales aplican normas de Derecho civil, vemos que entre la ley y la sentencia, se da el *negocio jurídico,* que individualiza el primer elemento (o sea el supuesto o hecho condicionante) de la regla general. Delegadas por la ley, las partes establecen normas concretas sobre su conducta recíproca; normas que estatuyen un cierto comportamiento mutuo. Y después la sentencia judicial viene a comprobar si se ha producido o no lo violación de la conducta impuesta norma-

tivamente por los términos del negocio jurídico, violación que constituye el hecho al cual está vinculado en su caso el procedimiento ejecutivo, como consecuencia jurídica del acto ilegal.

56. *La Administración mediata o indirecta.*

También la función que hemos denominado *administración,* no consiste sino en la individualización o concreción de las leyes, esto es, de las normas generales. Esta es la idea que se quiere expresar cuando habitualmente se llama *ejecución* a la administración.

Ahora bien, por lo que respecta a la administración hemos de distinguir dos grupos de casos: administración *mediata o indirecta,* y administración *inmediata o directa.* Vamos ahora a ocuparnos de la primera. La *administración mediata o indirecta* del Estado se presenta cabalmente como declaración del Derecho, y no se diferencia funcionalmente de la sentencia judicial. Cuando la administración del Estado funciona de modo indirecto o mediato, los fines específicos de ésta no son perseguidos de manera distinta a como ocurre en la jurisdicción; efectivamente, para lograr la situación social apetecida se vale del siguiente procedimiento: vincula un determinado acto coercitivo a la conducta individual que contradiga al fin propuesto, esto es, el orden jurídico impone a la conducta contraria de la prescrita una consecuencia coercitiva, a saber, *la pena o la ejecución administrativas.* Esto se verifica, en primer lugar, por medio de las leyes administrativas o reglamentos, y después — en forma individual — por las *resoluciones* de los funcionarios administrativos, que tan sólo se diferencian de la sentencia judicial, por una especial situación jurídica del órgano que establece la norma individual. Esta especialidad, consiste en la independencia de que gozan los Tribunales,

de la cual carecen los funcionarios administrativos. La *resolución* o decisión administrativa sobre un derecho litigioso, es análoga a la sentencia judicial. La *disposición* administrativa, en cambio, es, en su esfera, lo análogo al contrato en lo civil; representa una concreción del hecho condicionante previsto en la ley administrativa; facultados por las leyes administrativas los funcionarios de la administración dictan una norma individual *unilateral* (en esto se diferencia del negocio jurídico) una disposición que afecta a la conducta concreta de un individuo determinado. La infracción del deber impuesto por la norma, constituye el hecho condicionante de una sanción administrativa; este hecho es el que deben constatar los funcionarios de la administración y aplicarle mediante una *resolución* la consecuencia específica de la infracción administrativa.

El porqué determinadas materias deben ser reguladas mediante leyes civiles y penales, es decir, en normas generales que han de ser ejecutadas por tribunales *independientes* (civiles y penales), mientras que otras materias son reguladas por leyes *administrativas,* es decir, por normas generales que han de ser ejecutadas por funcionarios administrativos dependientes, es una cuestión que tan sólo puede explicarse históricamente. Es insostenible la afirmación de que la ejecución por los funcionarios administrativos, se diferencia *en principio* de la realizada por los Tribunales en que aquélla tiene el carácter de *apreciación discrecional,* pues todo acto de ejecución depende, más o menos, de la libre apreciación del órgano ejecutivo, ya que la norma general nunca puede determinar de una manera *total* el acto jurídico que la ha de individualizar; e inversamente, por otra parte, ningún acto jurídico-ejecutivo es posible, sin una norma general que le determine por lo menos de cierto modo. La diferen-

cia que habitualmente se da entre la preparación procesal de la sentencia judicial y los trámites que preceden al acto administrativo tiene tan sólo una importancia secundaria. Por lo demás, las nuevas corrientes jurídicas manifiestan una clara tendencia hacia la superación de esta diferencia.

57. *La administración inmediata o directa.*

El Estado puede no limitarse a ejercer la administración mediata, por vía indirecta, que hemos estudiado en el párrafo anterior; además puede organizar la administración de un modo inmediato o directo, esto es, en lugar de imponer a los súbditos el deber de seguir determinada conducta (que realice los fines de la administración), amenazándoles con una pena o procedimiento ejecutivo para el caso de que se comportasen contrariamente, puede el Estado realizar por sí mismo de un modo directo e inmediato esos fines de la administración. En este caso tenemos la llamada *administración directa o inmediata.* Veamos prácticamente cuál es la diferencia entre las dos clases de administración. Para la realización de los fines de sanidad, la administración *mediata o indirecta,* impone a los súbditos por medio de leyes la obligación de conducirse de cierto modo en caso de epidemia, castigando las infracciones de este deber; así, verbigracia, obliga a quemar los trajes de los enfermos, a construir y sostener hospitales con fondos particulares, etc. Pero cabe, además, una administración *inmediata* del Estado, de modo que sea *él mismo* quien construya hospitales, nombre médicos, cuide enfermos, etc., etc. ¿Qué significación jurídica tiene esto? Pues sencillamente: que aquella conducta que cumple el fin de la administración, es obligatoria para ciertos individuos cualificados como "órganos del Estado". En cambio, para la *Administración mediata,* aquella con-

ducta constituye el contenido de deberes jurídicos de los súbditos. *"Organos del Estado"*, en el sentido estricto de la palabra (que implica una contraposición entre "órgano" y mero súbdito), lo son únicamente ciertas personas cualificadas de modo especial, a saber como *funcionarios.* La determinación más detallada de este concepto, se hallará en la doctrina sobre los órganos del Estado. Téngase en cuenta que aquí tan sólo se trata de aquellos funcionarios, cuyas actividades de tales constituyen su profesión principal, que se encuentran sometidos al Derecho disciplinario y que reciben un sueldo fijo de un fondo central que es denominado *Fisco.* Con estos fondos, son cubiertos, además, los restantes gastos de la administración, siendo su fuente principal los impuestos que pagan los súbditos.

58. *La separación de los poderes.*

La teoría de la separación de los poderes responde a un postulado político según el cual las tres funciones fundamentales del Estado, la Legislación, la Jurisdicción y la Administración, deben ser conferidas a tres órganos o grupos de órganos independientes, y técnicamente aislados unos frente a otros. A pesar de que este postulado es admitido en principio por la mayor parte de las constituciones modernas, nunca ha podido ser totalmente realizado. En la Monarquía constitucional, para cuya estructuración fué utilizado en considerable medida este principio de la separación de poderes, se encuentran importantes excepciones del mismo, como, por ejemplo, el que el monarca sea a la vez órgano legislativo y ejecutivo; el que los órganos supremos de la Administración — los ministros — sean responsables ante el órgano legislativo; el que los jueces sean nombrados por el gobierno, etc. En los Estados democráticos existe la tendencia

a concentrar todas las funciones del Estado en el pueblo o en la representación del mismo, mientras que en los autocráticos, tal concentración se da en la persona del monarca.

El dogma de la separación de los poderes no se puede deducir ni partiendo de la idea autocrática, ni fundándose en la democrática. Sólo es explicable por la situación histórico-política en la cual surgió; efectivamente, apareció en vísperas de la gran revolución democrática, en una época en que el pueblo comenzaba a atacar el poder ilimitado del monarca, y los súbditos reclamaban una participación cada vez más intensa en la legislación. Entonces los políticos conservadores adoptaron este dogma, e inspirándose en él confirieron la legislación, es decir, la creación de las normas generales, a una representación del pueblo, aunque siempre en unión del monarca; pero reservaron, en cambio, para este último, la ejecución de las leyes. Al concebir esta ejecución, contrariando su concepto y naturaleza, como una función independiente de la legislación, lo que se pretendía era colocar a los órganos encargados de la misma, en una situación de independencia frente al parlamento, y de este modo asegurar un refugio al principio monárquico. Había que dividir el poder del Estado — que constituye una unidad esencial — con el fin de que el monarca ejerciera por lo menos una parte del mismo, con la mayor ilimitación posible y constituyendo de este modo el contrapeso de los demás poderes.

En tanto que la teoría de la separación de los poderes implique la idea de una división de la fuerza política, con el fin de evitar la concentración excesiva de la misma, este principio es aplicable también a una organización democrática. En este sentido, tal fin se logra no tanto asignando las tres funciones esenciales del Estado a tres órganos distintos, sino mucho mejor mediante la división de una misma fun-

ción entre varios titulares con intereses políticos opuestos; es decir, disponiendo las cosas de tal modo que una misma función esté desempeñada por un órgano compuesto de elementos con intereses políticos diversos.

En las constituciones modernas la división entre la Jurisdicción (Tribunales de justicia) y la Administración está más acentuada que la separación entre la Legislación y la Ejecución. Ahora bien, la diferencia entre la Jurisdicción y la Administración va perdiendo cada vez más importancia debido a que hoy se abre paso la tendencia a equiparar el procedimiento administrativo al judicial, y a ampliar la esfera de la jurisdicción administrativa.

B) **Los órganos creadores**

Los órganos del Estado

59. *El órgano; su función y su titular.*

El orden estatal es creado en todos sus grados por individuos cuya función productora de normas se halla regulada por el Derecho, en tanto que la norma de grado superior, señala las condiciones según las cuales ha de ser establecida la norma de grado inferior. "Organo" del Estado es, por lo tanto, quien crea o ejecuta de alguna manera el orden estatal. Conforme a lo dicho anteriormente, todo acto jurídico-positivo de creación de una norma, es a la vez un acto de ejecución de otra norma superior. Solamente el acto *lógico-primario de suposición de la norma fundamental,* no representa momento ninguno de ejecución, porque a fuer de primero es pura creación sin previo antecedente; y por otra parte, únicamente el último acto ejecutivo, es decir, la realización del acto coactivo, no representa creación de norma alguna, a fuer de último. Urge que nos demos cuenta de

que la teoría del Estado, únicamente se plantea el problema acerca de la *función objetiva del órgano,* como hecho creador o ejecutivo de la norma, y no el del concepto del *sujeto* titular del órgano. El individuo que desempeña la función de órgano, es decir, el llamado *titular del órgano,* como tal, sólo es traído a colación, en cuanto que es quien realiza los actos regulados por el orden jurídico.

En sentido latísimo, toda realización de una conducta jurídicamente regulada, es función orgánica; en este sentido el concepto de órgano denota simplemente la imputación de una circunstancia o hecho a la unidad del orden jurídico que las regula todas, imputación que tiene lugar en méritos de que el hecho en cuestión se halle previsto o dispuesto en el sistema del orden jurídico. Esta acepción latísima constituye el concepto *jurídico-esencial formal,* fundamental y primario de *órgano.*

60. *El concepto material de órgano. El funcionario.*

Pero dentro de esta noción latísima de función (o de órgano) hay que destacar un concepto de la misma mucho más restringido, el cual se obtiene por cualificación material de su contenido jurídico. En este sentido estricto podemos definir la función como *la imposición del acto coactivo y la preparación procesal de éste:* es el acto del Estado que representa la reacción del Derecho. A medida que aumenta la división del trabajo va quedando la realización de estos actos reservada a individuos especialmente cualificados y determinados por el orden jurídico, los cuales constituyen el aparato del Estado en el sentido estricto de la palabra. A estos individuos así cualificados se les puede conferir también otras funciones a saber, la administración directa o inmediata, que antes estudia-

mos. El total de los actos así cualificados — realizados por los órganos del Estado, en la última acepción indicada, constituye el concepto *del Estado en sentido jurídico-material.*

Los criterios para la determinación o cualificación personal de los órganos del Estado — los cuales son el soporte o sujeto de este concepto estricto y material del Estado — son los siguientes: En primer lugar la función tiene carácter obligatorio, es decir, su desempeño constituye un deber jurídico; por lo cual lo característico de este deber jurídico — cuyo contenido se manifiesta como función estatal — consiste en las consecuencias *disciplinarias* sancionadoras de su incumplimiento. Además el carácter profesional de la función; la función a la cual se encuentra *disciplinariamente obligado el órgano,* debe ser ejercida como oficio principal; de esta condición se deriva su carácter de remunerada. El pago será realizado por el Fisco, o, como generalmente se dice, por la Hacienda pública, esto es, por el mismo patrimonio con el que hay que satisfacer los demás gastos que las funciones del Estado originan inevitablemente en un régimen de economía individualista. La existencia de tal *fondo central,* cuyo establecimiento está determinado por normas jurídicas estatales, tiene superlativa importancia para la delimitación del concepto de los órganos del Estado en este sentido jurídico-material y, por consiguiente, para el concepto jurídico-material del Estado. Al propio tiempo forma también la columna dorsal o piedra angular de este andamiaje o estructura que llamamos "aparato del Estado". El órgano del Estado en sentido jurídico material o el "*funcionario*" (como también puede decirse), se caracteriza, además, por una *posición jurídica* específica: ésta se funda generalmente en los Estados modernos, no en un contrato de servicios regulado por las disposiciones

del Código civil ordinario, sino en un *acto de colocación o empleo,* de nombramiento regulado por principios especiales, en el cual el funcionario puede decidir libremente "*si*" quiere entrar en la relación del servicio, pero no el "*cómo*" ha de realizarlo. El contenido de esta relación de servicio del funcionario — caracterizada como de *Derecho público,* — está determinada en forma de ley o reglamento, por *la ordenanza del servicio.* Lo propio sucede con la *estructura jerárquica* según la categoría y el sueldo. El funcionario del Estado no puede ser despedido unilateralmente — excepto en el caso de pena disciplinaria por incumplimiento de su deber. Además tiene derecho a pensión de retiro, y a pensión para su viuda e hijos menores.

61. *El concepto material del Estado.*

Esos órganos o elementos, cualificados de un modo personal — según acabamos de ver — y respectivamente el orden que los establece o regula, constituyen — como ya dije antes — el armazón denominado *aparato estatal,* que se caracteriza dentro de la esfera total de acción del Estado por constituir una estructura relativamente más firme y densa.

Con esto, sin embargo, no se determina en modo alguno una línea de división segura y evidente, por medio de la cual el "Estado", en sentido *jurídico material estricto,* quede separado, de la esfera general del orden estatal. En primer lugar, porque los criterios antes señalados para determinar el órgano del Estado — en su concepto jurídico-material (de contenido) — no se dan siempre sin excepción: y en segundo lugar porque generalmente hay ciertas funciones cuyos titulares no pueden ser considerados en absoluto como funcionarios, y que, sin embargo, pertenecen a esta esfera restringida o com-

plejo de elementos que hemos llamado *Estado en sentido estricto o material.*

Así, por ejemplo, todos los actos de los *electores,* de los diputados y del jefe del Estado para la creación de las normas generales de grado superior, no reúnen ninguna de las notas expuestas, o a lo sumo responden sólo a alguna de ellas. La relación del concepto amplio, formal, jurídico-esencial del Estado — el cual es el único decisivo para la mayor parte de los problemas de la teoría general — con el concepto estricto, jurídico-material del mismo, se parece a lo que sucede en una célula orgánica, cuyo plasma poco a poco se solidifica hacia el centro formando un núcleo, que, sin embargo, no puede ser radical ni *claramente* delimitado de la masa celular restante.

62. *La creación de los órganos del Estado.*

El orden jurídico no sólo regula la función del órgano, sino que además determina también el individuo que ha de desempeñarla. Esta determinación puede llevarse a cabo de un modo general, de tal manera que un conjunto de individuos reúnan todas las condiciones personales exigidas para su desempeño. En este caso es preciso un acto de designación individualizada para adscribir una persona determinada a una cierta función: esto constituye la *creación* del órgano. Tiene lugar por *nombramiento, por elección o por sorteo.* Pero también es posible que en la ley, se encuentren tan determinadas las cualidades y condiciones necesarias para desempeñar la función, que solamente un único individuo las pueda reunir, en cuyo caso el acto de creación del órgano acaso pudiera parecer superfluo; por ejemplo, cuando el hijo mayor del rey difunto ha de ser considerado como monarca. Sin embargo, aun en este caso, es necesario un acto de creación por medio del cual se constituya jurídicamente el titular del

órgano, es decir, un acto por el cual sea definido por un vínculo jurídico el individuo que posee esta cualidad específica (la de ser el hijo mayor del monarca difunto). La teoría tradicional, no habla en estos casos de órganos creados, sino de órganos *inmediatos*, designados *por la ley;* pero, en realidad, existe aquí también un acto de creación, bien que de *autocreación*, pues se trata de un caso límite.

63. *Órganos simples y compuestos. El procedimiento.*

Podemos distinguir entre *órgano simple* y *órgano compuesto*, según que la función sea desempeñada por los actos de un solo individuo o por los actos conjuntos de varios.

La composición de una función por varias funciones parciales puede darse de dos modos: o bien los órganos parciales que componen la función total, tienen que establecer actos del *mismo contenido;* o bien la función total se compone de actos de *diferente contenido*. En el primer caso se puede distinguir a su vez, si son dos, o más los órganos parciales cuya igual manifestación de voluntad crea el acto válido. Así, como ejemplo de lo primero, cuando el acto del órgano ha de ser establecido por la acción común de dos cónsules o por la de dos cámaras de un parlamento. Como ejemplo de composición por más de dos actos parciales iguales, tenemos la creación de un reglamento por el jefe del Estado con la firma de todos los ministros. Hay un caso especial de órgano compuesto que es el *órgano colegiado*: en él, los diversos órganos parciales (que lo integran) cuyas manifestaciones de voluntad — sobre el mismo objeto — constituyen el acto total, están organizados de un modo peculiar: hay un presidente, se sigue un orden deter-

minado para la deliberación y se toman los acuerdos por mayoría. En cambio, en el segundo caso para llegar a establecer el acto, son precisas varias funciones parciales con contenido diferente realizadas por distintos órganos; por ejemplo, el acto legislativo en los Estados modernos. En esencia este acto legislativo se compone de los siguientes actos: 1.° iniciativa por el gobierno o por un miembro del parlamento, pidiendo que la cámara quiera ocuparse de un proyecto o proposición de ley; 2.° *acuerdo del parlamento,* es decir, de la cámara o cámaras, consistente en la decisión de que un determinado contenido deba ser ley; igual sentido tiene el acto 3.° que es la *sanción del jefe del Estado* — en aquellos sistemas que la establezcan como requisito necesario; — pero no así el 4.° momento o sea la *promulgación,* que significa la comprobación de que la norma ha sido elaborada constitucionalmente; por último, el 5.° es la *publicación,* cuyo sentido subjetivo es también completamente distinto del que tiene la decisión legislativa del parlamento. El órgano legislativo no es el parlamento ni tampoco el jefe del Estado, sino el conjunto de los que tienen que establecer aquellos elementos que sólo en su totalidad son capaces para producir el acto legislativo. Si una función estatal se halla compuesta de varias partes, entonces es necesario que haya una regulación del proceso o procedimiento mediante el cual los actos parciales se integran formando un todo. Puede hablarse aquí de un *procedimiento* o *proceso.* Así pues, lo que suele llamarse en sentido estricto *procedimiento civil* o *penal,* representa simplemente un caso especial del procedimiento en el sentido general que acabo de indicar. Asimismo la función llamada "jurisprudencia", se presenta como acto de un órgano compuesto; como una determinada serie de ciertos actos

parciales, que sólo tomados en su totalidad constituyen dicha función jurisdiccional.

De lo dicho hasta ahora se deduce que la distinción que habitualmente suele hacerse, entre órganos dependientes e independientes, tiene sólo un alcance muy relativo, pues consideradas en su fundamento, todas las funciones de los órganos dependen en algún modo unas de otras. Unicamente en un sentido *relativo* puede hablarse de actos independientes. Tan sólo es "independiente" la totalidad de los actos realizados por los órganos, el proceso íntegro del Derecho o la totalidad del Estado como proceso dinámico del orden siempre en nueva creación, esto es, el Estado como función total.

64. *La juricidad de la función del órgano.*

Para la función del órgano, esto es, para la función estatal vale como principio supremo, el de la conformidad con la norma (es decir, el hacer sólo lo que ésta establece y del modo como ésta lo ordena). Lo que se postula cuando se habla de "legalidad de la función ejecutiva", representa tan sólo un caso especial del principio de la *conformidad con la norma* que se puede designar también como *juricidad.* El problema acerca de sus garantías es un problema especial de técnica jurídica. Con este tema se relacionan las siguientes cuestiones: la nulidad o anulación del acto que quebrante la norma, la responsabilidad disciplinaria del órgano que lo haya realizado y la indemnización exigible a dicho órgano por los daños que haya causado con su acto.

En conexión con estos problemas, aparece el del *examen de la juricidad* de la norma por parte del obligado a su ejecución, ya sea éste un órgano en sentido estricto de la palabra, ya sea un "súbdito". Es un principio lógico-jurídico, que el obligado (o también facultado) a la

ejecución, está autorizado para examinar la norma que ha de ejecutar, y para decidir sobre su juricidad, es decir, que puede *no* ejecutarla en el caso de ser contraria al Derecho, *siempre que esta posibilidad no se encuentre limitada o suprimida por una disposición del Derecho positivo*. La limitación puede tener diversos grados. Ahora bien, lo que ya caería fuera de las posibilidades del Derecho positivo sería una privación absoluta de la facultad de examinar la norma que ha de ser ejecutada o cumplida. Una disposición que dijese que "una persona está obligada a cumplir todo aquello que aparezca con la *pretensión subjetiva de norma jurídica* (es decir, de valer como norma jurídica) destruiría el sentido del Derecho. Por consiguiente el mandato de cumplir o ejecutar cierta conducta, tiene que poder *valer objetivamente como norma*. El caso límite de la nulidad absoluta de un acto contrario a la norma no puede por ende ser descartado; ahora bien, en la realidad puede extenderse mucho la tendencia que muestra el Derecho positivo a hacer tan sólo *anulable* el acto contrario a la norma.

65. *Subordinación y coordinación de los órganos.* El problema acerca de *las relaciones de los órganos entre sí*, es distinto del que versa sobre las relaciones del órgano del Estado con la norma que ha de ejecutar. En el primero, es decir, en el tema sobre las relaciones de los órganos entre sí — del que ahora nos vamos a ocupar — *hallamos tanto relaciones de subordinación, como de coordinación*. La coordinación sólo cabe determinarla de un modo negativo; existe cuando falta la relación de subordinación. Subordinación, en el más lato sentido, se da entre el que establece la norma y el obligado a ejecutarla. Urge notar ciertamente que tan sólo interesa la relación entre el que ha de ejecutar la norma y esta

misma; y no la del primero con quien la ha establecido. Se está sometido, esto es, ligado por el deber de obediencia, a *la norma,* pero no al *individuo* que la establece — el cual, a su vez, se encuentra sometido a otra norma. — Sólo en este sentido es exacto hablar, dentro del sistema del Estado, de supraordinación (superioridad) y subordinación. En un sentido estricto, la subordinación no se da en todos aquellos casos en que alguien tiene que ejecutar una norma establecida por otro; pues en las normas *generales,* corrientemente la persona que las crea pasa a segundo término; sólo en el caso de normas *individuales,* de mandatos concretos, se puede afirmar la existencia de la relación específica de subordinación, entre el órgano que establece la norma individualizada y el que la ejecuta. Esta subordinación tiene que ser claramente diferenciada de la relación que existe entre dos órganos de los cuales uno designa al otro; igualmente es distinta de la relación del órgano que *exige responsabilidades* a otro por actos ilegales, esto es, de la instancia disciplinaria. Dicha instancia y el órgano superior *pueden* coincidir, pero esto no es forzoso. No es siempre el órgano superior, quien ejerce el poder disciplinario.

66. *El órgano supremo: el jefe del Estado.*

Será un *órgano* supremo aquel que no se halle en una relación de subordinación a ningún otro, que no tenga "superior" en el sentido antes dicho, es decir, que sólo esté obligado dentro de su competencia a ejecutar normas *generales pero no individuales.* La afirmación de que el Estado tenga que poseer tan sólo un órgano supremo será un postulado de Derecho natural, pero no un principio necesario de la Teoría jurídica. Generalmente, el Estado moderno tiene varios órganos "supremos". El llamado *"jefe del Estado"* por lo común es solamente un

órgano supremo entre otros varios. Está caracterizado únicamente por el contenido de su competencia. A ésta corresponde típicamente entre otras materias, la representación del Estado en el extranjero, y en especial acordar los tratados con las demás naciones, declarar la guerra, nombrar los funcionarios, y en especial, los ministros, los cuales en cuanto refrendan los actos del jefe del Estado, se encuentran coordinados a éste, como órganos supremos de la administración, o sea en calidad de jefes de las esferas administrativas. Al jefe del Estado le corresponde, además, de ordinario: la concesión de títulos y distinciones, el derecho de gracia, el mando supremo del ejército, etc., etc. Sin embargo, *todas* estas funciones no tienen que estar forzosamente reunidas en una sola mano para que su titular se considere como "jefe de Estado": puede haber jefes de Estado que carezcan de alguna de ellas.

67. *Los órganos representativos.*

La teoría política hasta ahora dominante ha venido hablando también de *órganos secundarios,* es decir, de órganos que no representan de un modo inmediato al Estado sino que tan sólo pueden valer como representantes de otro órgano, a saber, de un *órgano primario.* Pero este concepto constituye una mera *ficción política,* salvo en dos casos: 1.º, si el órgano secundario desempeña, *excepcionalmente* una función que por virtud del Derecho positivo, corresponda *ordinariamente* al llamado órgano primario; y 2.º, cuando éste pueda regular por virtud del Derecho positivo, el contenido de la actividad del órgano secundario. *La teoría de la representación,* esto es, la concepción de que el *parlamento* moderno es un órgano *secundario* del pueblo, el cual se considera como órgano primario del Estado, y de que en el parlamento sólo puede hallar expresión *la voluntad del pueblo, es*

una ficción política que tiene por objeto conservar *la apariencia de la soberanía popular*; pero en *realidad,* según las constituciones de los llamados Estados representativos, la función del pueblo, es decir, de los electores, queda limitada a la creación del parlamento; y éste, o mejor dicho, sus miembros, por virtud de los principios de Derecho positivo, son a su vez, en su actividad, *independientes* del "pueblo", es decir, de sus electores. Lo mismo puede decirse de la teoría que considera al *juez* — que es independiente — *como representante del monarca constitucional,* al cual la constitución ha privado del poder judicial. Esto es una mera ficción política que se usa para agrandar el prestigio del monarca. Y sigue siendo mera ficción aunque la norma positiva ordene que la sentencia se dicte en nombre del monarca.

C) **Los métodos de creación**

LAS FORMAS DEL ESTADO

68. *El concepto de forma del Estado*: *autocracia y democracia como tipos ideales.*

En el sentido en que por ejemplo, se habla de República o de Monarquía, hay que entender por forma de Estado, el *método especial según el cual se crea el orden estatal* o *jurídico*. Para diferenciar las distintas formas del Estado, hay un criterio decisivo, a saber, la relación en que se hallen los sometidos al orden jurídico (o sea al Estado) con la creación de éste; es decir, hasta qué punto los sometidos a las normas, participen o dejen de participar en la creación de éstas. De la idea de la *autodeterminación* (es decir, *de la libertad,* en el sentido político de la palabra), y de su antítesis (o polo contrapuesto) se deducen dialécticamente todas las formas del Estado. La

idea de la libertad máxima, como negación absoluta de todo Estado constituye, por así decirlo, el extremo opuesto a la especulación social. Pero situados ya en el supuesto del Estado, la forma de éste que responde a la idea de libertad es la *democracia*, en la cual, los mismos sometidos a las normas son quienes las crean. La idea contrapuesta es la autocracia que, en su caso límite, aparecerá como la forma de Estado en la cual los mismos sometidos a las normas, están totalmente excluídos de su creación, pues ésta corresponde a un solo individuo: al autócrata — que no está sometido obligatoriamente al orden jurídico — y que se presenta frente a los demás como *señor*. Si admitimos que todas las *colectividades* sociales están constituídas por órdenes normativos, entonces la relación que los sometidos a las normas tengan con la creación de las mismas, la *oposición entre autocracia y democracia,* constituirá el punto de vista definitivo para la diferenciación no solamente de las formas del Estado, sino en general de todas las formas sociales. Profundizando más se podría notar que este punto de vista es el criterio decisivo de diferenciación de todas las formas de Derecho, y el principio de la clasificación de todos los elementos creadores de Derecho (véase párrafo número 35).

69. *La realización de ambos tipos: el principio de mayorías.*

Ahora bien, autocracia y democracia son sólo dos tipos ideales, que en la realidad del Derecho positivo nunca pueden ser plenamente realizados. Ni las fuerzas psíquicas, ni las físicas de un individuo, le permiten abarcar la creación de *todas* las normas de un orden estatal en todos sus grados; sobre todo, cuando el orden jurídico tiene una esfera espacial de vigencia muy extensa. De aquí que el autócrata necesite delegar en mandatarios, apoderados,

representantes, gobernadores, etc., y rodearse de consejeros y asesores. Ahora bien, con esto, la forma del Estado se aleja de la idea de autocracia pura. Tampoco el principio de la democracia es realizable de un modo absoluto. No todos los que están sometidos a las normas tienen capacidad física psíquica o moral para desempeñar aquella función creadora de Derecho, como por ejemplo, los niños, los enfermos mentales y los delincuentes — estos últimos son ineptos porque se considera que pertenece a los principios democráticos la exigencia de un mínimum de moralidad. Pero además hay que tener también en cuenta otra circunstancia por virtud de la cual la realización práctica de la democracia se aparta mucho más de su idea. Esta en su pureza e integridad exigiría que el conjunto del orden estatal y cada una de sus normas en particular, fuera creada exclusivamente por el acuerdo unánime de todos. De aquí, que el *Derecho natural* consecuentemente fundamente el origen del Estado en el contrato. Evidentemente, para que la idea de la autodeterminación se realizase íntegra y estrictamente, sería preciso que tanto la vigencia del orden estatal considerado a modo de un todo unitario como la de cada norma particular, dependiese de *la adhesión continuada de cada uno de los súbditos;* y cada cual podría librarse en todo momento, tanto de una norma concreta, como de la comunidad jurídica como tal, en cuanto retirara su primitivo consentimiento. Esto significaría, empero, la disolución total del Estado y de toda forma social. A evitar esto se encamina el principio de que la declaración de voluntad, una vez hecha, obliga ulteriormente: esta es la idea que late por debajo del precepto "*pacta sunt servanda*". Como un paso más allá en esta tendencia de aseguramiento del orden jurídico, aparece el *principio de la* mayoría; merced a éste es posible que en un orden esta-

tal se establezcan *nuevas* normas o se modifiquen las ya existentes, no por una coincidencia unánime de todos los sometidos a las mismas, sino por un acuerdo votado a lo menos por la mitad más uno. Si para el desarrollo ulterior del orden estatal, es decir, para su reforma y adición, se exigiese un acuerdo unánime de los sometidos a las normas, entonces uno solo que negase su consentimiento podría impedir la modificación, aunque ésta fuera querida por todos los demás: el contenido del orden jurídico, que todos los demás rechazasen prevalecería si uno solo votaba por su continuación; y entonces el orden jurídico se hallaría en oposición con la voluntad de la mayoría de los sometidos a sus normas. Por eso, si hay que ampliar o reformar el orden jurídico, y si, además, se quiere descartar que el individuo pueda sustraerse a la vigencia de dicho orden normativo, es preciso aceptar el *principio de mayoría,* el cual significa la máxima apoximación a una situación de armonía entre el orden objetivo (es decir, la llamada voluntad de la comunidad) y la voluntad de los particulares o individuos (que componen dicha comunidad) o, dicho de otro modo: el principio de la mayoría significa la máxima aproximación posible a la idea de autodeterminación o *libertad.*

70. *Las formas mixtas.*

Ahora bien, según ya dije antes, autocracia y democracia puras no constituyen sino dos tipos o polos ideales opuestos, dos *casos límites:* todos los Estados históricos (u órdenes jurídicopositivos), se presentan como formas intermedias más o menos próximas a uno u otro de dichos tipos. Todo orden estatal concreto contiene elementos de ambos tipos; y no se le puede definir, por tanto, pura y simplemente como autocracia o democracia. Lo único posible, es caracterizar la mixtura del principio autocrático

y del democrático en cada caso particular. Esto responde, ante todo, a que el orden estatal — como ya vimos — es, desde el punto de vista de su creación, una *construcción escalonada,* cuyos varios grados no tienen que ser creados necesariamente según métodos idénticos. Puede existir una legislación democrática, unida a una ejecución autocrática; y, además, también es posible que dentro de un mismo grado, a su vez, se hallen reunidos ambos métodos de creación jurídica. A la luz de esta concepción, se nos muestra cuán vacía es la división habitual de las formas del Estado, en Monarquía y República. Urge, pues, prescindir de estos nombres, y proceder a un análisis de las formas reales que encubren, para descubrir cuál sea la relación esencial en la estructura de cada uno de los diferentes tipos de Estado, es decir, la relación entre el principio autocrático y el democrático.

71. *Las formas antiguas de la Monarquía absoluta y de la limitada.*

La Monarquía ilimitada o "absoluta" no ofrece ya en la actualidad interés teórico; y mucho menos como Estado teocrático, patriarcal o patrimonial. Estas manifestaciones que acabo de indicar no constituyen en el fondo diversos tipos reales de Estado, sino que son tan sólo diversas teorías políticas, de las cuales no se deriva consecuencia alguna jurídicopositiva para caracterizar su estructura; representan únicamente una interpretación específica de ciertos hechos, un intento de justificación del Estado, refiriendo la obligatoriedad del orden estatal, a algún *principio de valor* admitido como absoluto, como, por ejemplo, Dios, la propiedad, la paternidad.

Tampoco interesan hoy ciertas formas antiguas de *Monarquía limitada* como, por ejemplo, *el Estado feudal y la Monarquía de brazos* o *estamentos.* Actualmente, para

la Teoría del Estado, sólo tiene importancia la llamada *Monarquía constitucional;* tanto más, cuanto que su estructura ha servido de ejemplo para la formación de las *Repúblicas democráticas* modernas. Asimismo, hoy en día, también la República aristocrática ha perdido toda su importancia. En la *República democrática* se sigue estimando necesario (a imitación de la monarquía constitucional), un "*jefe de Estado*" con una competencia relativamente muy importante en el terreno de la legislación y de la ejecución. En la *Monarquía constitucional,* el órgano titular de las funciones de jefe del Estado viene designado por vía hereditaria. La sucesión no significa en modo alguno una perfecta expresión de la idea autocrática, pues ésta queda más plenamente realizada cuando el autócrata gobernante determina libremente quién ha *de ser su sucesor.* Atendiendo a este criterio, el tipo de Monarquía electiva se aleja superlativamente de la idea autocrática, y se aproxima al tipo de la República democrática con un jefe de Estado elegido por tiempo determinado.

72. *La Monarquía constitucional y la República democrática: organización de la función legislativa.*

En la Monarquía constitucional la función del monarca es, en principio, *parcial y dependiente.* El monarca, salvo en aquellas funciones de que ha sido desprovisto en general por la constitución (tales, por ejemplo, las judiciales), necesita, para realizar actos con validez jurídica, ir unido a otros órganos. En la esfera de la función legislativa, el *parlamento* limita el poder jurídico del monarca; así es en efecto, en cuanto que las constituciones de esas monarquías disponen que las leyes (es decir, las normas generales), sólo podrán ser creadas mediante un acuerdo del parlamento sacionado por el rey. En virtud de esa regulación de Derecho positivo, el monarca y el parla-

mento deben ser considerados como elementos *coordinados*, en el pleno y estricto sentido de la palabra; incluso en el caso — como es lo normal en la Monarquía constitucional, — de que el monarca pueda influir en la actividad del parlamento, es decir, de que esté capacitado para convocarlo, aplazar su reunión y disolverlo. Hay que rechazar todos los intentos que ha hecho la doctrina oficial de la Monarquía constitucional, para oscurecer esta situación, elaborando teorías que *colocan al monarca en una situación de preferencia;* hay que rechazarlos porque constituyen un falseamiento de la auténtica estructura del Derecho positivo. Lo auténtico es la situación de coordinación, aun a pesar de que tales teorías hayan hallado una expresión positiva en la fórmula (establecida por la propia constitución) para la publicación de las leyes. En efecto, el que las leyes sean publicadas como una orden que el monarca dicta con la previa aceptación del parlamento, puede ser una *afirmación del texto gramatical de la ley positiva:* pero esta afirmación no tiene ningún valor para el juicio *teóricojurídico* sobre la relación entre monarca y parlamento.

Cuando el monarca no tiene el derecho de sanción, sino únicamente el de *veto,* entonces ejerce en la esfera de la legislación sólo una *función eventual,* cual es la posibilidad de oponerse, bien de un modo absoluto, bien de un modo meramente suspensivo, a las decisiones legislativas tomadas por el parlamento. Esta última función es también la habitual en los jefes de Estado de las Repúblicas democráticas, salvo en el caso en que su función se reduzca a una mera comprobación de si se cumplieron los requisitos constitucionales en la elaboración de la ley.

73. *La función ejecutiva en la Monarquía constitucional y en la República democrática.*

La teoría que concibe el monarca, también como jefe del poder ejecutivo, se funda igualmente sobre una deformación de los preceptos positivos de la constitución; sobre una deformación llevada a cabo por una teoría *impura* del Estado, es decir, inspirada en motivos políticos. Adviértase en primer lugar, que aquel sector de la función ejecutiva que se conoce como función judicial o administración de justicia está sustraído a la competencia del monarca, en virtud de la independencia de los tribunales (constitucionalmente garantizada). Además, por otra parte, el derecho de nombrar los jueces y el derecho de gracia, el monarca sólo puede llevarlos a cabo en la misma forma que los demás actos administrativos, es decir, en unión con el ministro responsable, pues *todo acto del monarca* (incluso la sanción de las leyes y la convocatoria y disolución del parlamento), conforme a lo establecido en los preceptos constitucionales necesita *del refrendo de un ministro* — que debe ser precisamente el del ramo. — Esto significa que los actos que (a tenor del texto de la constitución) competen al monarca, como, por ejemplo, acordar los tratados, designar los funcionarios del Estado, dictar ciertas ordenanzas, etc., en realidad no son realizados *por él* solo, sino por un *órgano compuesto,* del cual el monarca lo mismo que el ministro no son sino partes integrantes u órganos parciales. Asi, pues, monarca y ministro se encuentran *mutuamente coordinados,* y no en modo alguno el ministro subordinado al rey, como general y erróneamente se afirma. El hecho de que un ministro sea *designado* por el monarca, no tiene nada que ver con el problema de la supraordinación y de la subordinación; y esto aun prescindiendo de que el nombramiento de un

ministro sólo puede llevarse a cabo con el refrendo de otro.

Ahora bien, también las constituciones de las *Repúblicas democráticas* suelen emplear una forma de expresión de la cual parece deducirse que el jefe del Estado puede realizar determinados actos jurídicos por sí solo. Y así se dice, que el presidente acuerda los tratados, que el presidente nombra los funcionarios, etc., etc., cuando en realidad todo esto no lo hace el presidente, sino que únicamente puede hacerlo con validez jurídica, el *presidente junto con el ministro.*

Ordinariamente, la vinculación del acto del monarca al refrendo del ministro está fundada en la irresponsabilidad de aquél, es decir, en aquella norma de la constitución que impide no solamente la realización de acto coactivo alguno contra el monarca, sino incluso el dirigir contra el mismo un procedimiento preparatorio de dicho acto coactivo; excepción hecha de los litigios judiciales civiles, los cuales, empero, suelen substanciarse ante un tribunal especial. Se aumenta la responsabilidad ministerial, cuando a consecuencia de la irresponsabilidad del monarca, sea posible la acusación de los ministros por el parlamento, y en algunos casos su castigo por éste o por un determinado tribunal especial, en méritos de sus actos ilegales y culpables. La contrasignatura o refrendo significa, ante todo, que los actos que la han recibido se hallan bajo la inspección del parlamento. La "*inviolabilidad*" del monarca que siempre va unida a su "irresponsabilidad", significa una mayor protección jurídica de la vida, salud y propiedad del mismo, mediante la imposición de penas más severas contra quienes las ataquen.

Aunque el presidente de las Repúblicas democráticas es responsable — bien que en medida muy pequeña, por causa de una imitación de la monarquía constitucional, —

también *sus actos* tienen que ir provistos con la *firma del ministro responsable*. Esta imitación del Derecho político de la Monarquía constitucional, implica sin embargo aquí una transformación del alcance del refrendo ministerial, en el sentido de que crea una doble responsabilidad: la del ministro y la del presidente.

74. *República presidencial. Gobierno del Parlamento.* El *gabinete* — órgano característico de la Monarquía constitucional — que figura junto al jefe del Estado y está compuesto por los ministros, es decir, por los jefes de las distintas esferas administrativas, ha sido adoptado también por las formas más corrientes de República democrática. Sin embargo, hay dos tipos que aspiran a superar este *dualismo*. En primer lugar, la *República presidencial*, en la cual el jefe del Estado — por lo común elegido directamente por el pueblo — tiene un poder muy amplio. Con esto, queda disminuída la importancia del gabinete; a veces hasta tal punto, que el jefe de Estado es también jefe del gobierno; entonces los miembros del gabinete le están subordinados en calidad de meros secretarios de Estado designados por él y no responsables ante el parlamento. El principio de la *separación* de poderes, concebidos doctrinaristamente, ha contribuído a favorecer esta tendencia. Por otra parte, existe, además, el tipo de Estado con *gobierno radical o directo del parlamento;* es decir, sin un jefe de Estado propiamente dicho, y un gobierno ministerial, u organizado como órgano colegiado, que es elegido por el parlamento, responde ante éste y no puede ejercer influjo ninguno en la actividad del mismo. Entre estos dos tipos pueden darse naturalmente varias formas intermedias.

ministro sólo puede llevarse a cabo con el refrendo de otro.

Ahora bien, también las constituciones de las *Repúblicas democráticas* suelen emplear una forma de expresión de la cual parece deducirse que el jefe del Estado puede realizar determinados actos jurídicos por sí solo. Y así se dice, que el presidente acuerda los tratados, que el presidente nombra los funcionarios, etc., etc., cuando en realidad todo esto no lo hace el presidente, sino que únicamente puede hacerlo con validez jurídica, el *presidente junto con el ministro.*

Ordinariamente, la vinculación del acto del monarca al refrendo del ministro está fundada en la irresponsabilidad de aquél, es decir, en aquella norma de la constitución que impide no solamente la realización de acto coactivo alguno contra el monarca, sino incluso el dirigir contra el mismo un procedimiento preparatorio de dicho acto coactivo; excepción hecha de los litigios judiciales civiles, los cuales, empero, suelen substanciarse ante un tribunal especial. Se aumenta la responsabilidad ministerial, cuando a consecuencia de la irresponsabilidad del monarca, sea posible la acusación de los ministros por el parlamento, y en algunos casos su castigo por éste o por

la República democrática una segunda cámara se tropieza con dificultades casi insuperables, si se quiere evitar que sea una mera duplicación de la primera.

No debe ser confundido el sistema bicameral del Estado unitario centralizado con la organización también bicameral del Estado federal, la cual es otra cosa; en la Federación al lado de una *cámara popular* hay una *cámara de Estados:* el sentido de este segundo órgano consiste en encarnar el principio de la descentralización, a cuyo servicio se coloca.

76. *Los sistemas electorales.*

El grado de realización de la *idea democrática* en el *parlamento,* depende del *procedimiento electoral* para la designación de sus miembros. Lo capital en esta cuestión es la *universalidad del sufragio,* es decir, el principio de que el parlamento sea elegido por el mayor número posible de súbditos. En segundo lugar, se encuentra *la igualdad* del sufragio, es decir, que la influencia de cada elector en los resultados de la elección tenga que ser la misma. Por último, hay que considerar la cuestión acerca del principio o sistema, según el cual el candidato haya de considerarse elegido miembro del parlamento. Las dos soluciones principales son los sistemas electorales *mayoritario* y el *proporcional.* Según el primero, se considera elegido quien obtuvo más de la mitad de los votos válidos; según el segundo, *cada grupo político obtiene un número de diputados proporcional a la cantidad de votos alcanzados.* El sistema de elección proporcional encarna mucho mejor que el mayoritario la idea de la democracia, en cuanto ésta postula autodeterminación. Pues, según el sistema proporcional, en principio, cada ciudadano es representado por su propio diputado, es decir, por el representante de la orientación política que votó. En cambio, en el sistema mayoritario solamente la mayoría está representado por diputados de su misma orientación política, pero no la minoría. El sistema *proporcional* se apoya, en cierto sentido, sobre el principio de la *unanimidad,* que ciertamente hay que considerarlo como el verdadero principio de la *libertad.* Claro está, empero, que los acuerdos, dentro del parlamento, tienen forzosamente que ser tomados según el principio de mayoría; lo cual significa, como indicamos en otro lugar, una limitación — inevitable — de la idea de libertad. Es preciso, además, hacer notar, que la idea de la *proporción* sólo es realizable de un modo apro-

ximado, porque el reparto de un cierto número de mandatos entre distintos grupos políticos, sólo puede conseguirse en *números enteros;* en cambio, la exacta proporcionalidad matemática, generalmente tendría que dar fracciones. Como no es posible dar a un grupo político 10 7/8 mandatos, los resultados del método proporcional sólo constituyen la *máxima aproximación posible al ideal de la proporcionalidad.* Pues hay todavía otra limitación; para que un grupo obtenga un mandato, tiene que reunir un número mínimo de votos, pues si cualquier número, por pequeño que fuese, pudiera pretender un mandato, entonces en el caso límite matemático en que el grupo se compusiese solamente de un elector, el número de mandatarios tendría que ser igual al número de electores. Pero esto significaría ya el abandono del principio de representación; pues se produciría entonces la llamada *democracia directa.*

77. *Iniciativa popular y referéndum.*

Al subrayar que el sistema de representación proporcional halla su justificación en la idea de libertad, hemos mostrado ya con ello su tendencia a la democracia directa. Pues la democracia directa, representa naturalmente un grado de democracia muy superior a la indirecta o parlamentaria que responde al principio técnicosocial de la *división del trabajo.* Esto explica el hecho de que algunos no quieran considerar el Estado parlamentario, o sea el llamado Estado representativo, como democracia, esto es, como una forma de Estado en que plasma la idea de libertad. Por eso tambien resulta comprensible que en los últimos tiempos se haya querido combinar la forma de Estado representativo — inevitable a pesar de todo — con ciertas instituciones que lo aproximen a la democracia directa: lo cual se pretende lograr dando una participación directa en la función legislativa al pueblo, y no limi-

tar su intervención solamente al acto de creación del parlamento, o sea al sufragio: es decir, la actuación de la gran masa de los capacitados políticamente, del pueblo — el cual es el verdadero titular del poder del Estado, a tenor de la ideología democrática que late en la ficción de la soberanía popular — no se limita a elegir el parlamento, sino que colabora directamente en la legislación, mediante las instituciones de la *iniciativa popular* y del *referéndum*, que han sido incluídas en muchas constituciones modernas. A virtud de la iniciativa popular, un determinado número de ciudadanos tiene el derecho de presentar un proyecto de ley, sobre el cual el parlamento debe deliberar y decidir. El *referéndum* consiste en que un acuerdo del parlamento sobre un proyecto de ley, es sometido en determinadas condiciones a plebiscito.

78. *Forma del Estado y concepción del mundo y de la vida.*

Contra la democracia parlamentaria que — en sus múltiples variedades — puede ser considerada como la forma política actual, como la forma del "Estado de cultura" se ha ido levantando en últimos tiempos un clamor cada vez más fuerte. Es evidente, que no se han cumplido aquellas grandes esperanzas que parecía ofrecer justificadamente cuando se luchaba por ella en los tiempos de la monarquía absoluta. Y así ocurre que hoy surge contra la democracia de nuevo la idea de la autocracia en forma de dictadura; o también se anda a la busca de una tercera fórmula situada más allá de la oposición entre autocracia y democracia. Algunos creen haber hallado esa tercera fórmula en la *organización por clases profesionales*. Pero esto es una vana ilusión, pues las oposiciones de intereses que están representadas en esa organización, no pueden ser resueltas en modo alguno por un principio deri-

vado del sistema de clases profesionales: en definitiva, tales oposiciones sólo pueden ser resueltas mediante dos procedimientos: o *autocráticamente* o *democráticamente.* A esta oposición — ya conocida por las antiguas teorías del Estado — no pueden escapar ni la vida ni la teoría políticas. Pues este dualismo ha nacido en su más profunda raíz de la eterna oposición a que ha estado sometido el conocimiento humano, y consiguientemente, la voluntad humana: la oposición entre dos concepciones contrarias del mundo y de los valores: la concepción metafísica absoluta, y la concepción empírica, positivista y relativista.

ÍNDICE

ESTUDIO PRELIMINAR

por LUIS RECASÉNS SICHES

COMPENDIO DE TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

por HANS KELSEN

C) La estructura espacial del Estado. La centralización y la descentralización; las Uniones de Estados.

COLOFON

1 *EL ORIGEN DE LA VIDA*. Alexander I. Oparín
2 *ULISES*. James Joyce
3 *UN CUARTO PROPIO.* Virginia Woolf
4 *RAICES HISTORICAS DEL CUENTO.* Vladimir Propp
5 *CRITICA DE LA RAZON PURA I.* Immanuel Kant
6 *CRITICA DE LA RAZON PURA II.* Immanuel Kant
7 *EL ARTE DE LA GUERRA.* Sun Tsu
8 *SI YO VOLVIERA A SER NIÑO*. Janusz Korczak
9 *LA DIVISION DEL TRABAJO SOCIAL.* Emilio Durkheim
10 *LOGICA PARLAMENTARIA*. Guillermo Gerardo Hamilton
11 *CANEK.* Ermilio Abreu Gómez
12 *POPOL VUH.* Ermilio Abreu Gómez
13 *DICCIONARIO DE SINONIMOS*. Roque Barcia
14 *INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA DE MAX WEBER*. Jorge Sánchez Azcona
15 *LA TELEVISION Y EL NIÑO*. Carlos Férnandez Callado, Pilar Baptista Lucio, Débora Elkes
16 *LAS FORMAS ELEMENTALES DE LA VIDA RELIGIOSA*. Emile Durkheim
17 *ESCENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA.* Hans Kelsen
18 *TEORIA GENERAL DEL ESTADO*. Hans Kelsen
19 *EL CONCEPTO DE LA MATERIA.* Alejandro Tomasini Bassols y otros
20 *FILOSOFIA DE LA RELIGION.* Alejandro Tomasini Bassols
21 *ESCENOGRAFIA*. Ignacio Méndez Amezcua
22 *DICCIONARIO DE AZTEQUISMOS*. Luis Cabrera

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres gráficos de PREMIA editora de libros, s.a., en Tlahuapan, Puebla, en el primer semestre de 1992. Los señores Angel Hernández, Serafín Ascencio, Rufino Angel y Donato Arce tuvieron a su cargo el montaje gráfico y la impresión de la edición en offset. El tiraje fue de 1,000 ejemplares más sobrantes para reposición.

En la historia del pensamiento jurídico contemporáneo, Hans Kelsen ocupa un lugar de tal importancia que cada una de sus obras son base y eje para planteamientos teóricos y relaboraciones ideológicas. En el campo de la Teoría General del Estado, el pensamiento kelseniano reduce a su máxima manifestación la Teoría del Estado a Teoría Jurídica, llevando a sus últimas consecuencias los planteamientos que en su momento histórico hicieron juristas de la calidad de Gerber, Laband y Jellinek. Pero esta depuración y sistematización del estudio del Estado como orden jurídico, plantea, a la vez, preguntas tan esenciales como pueden ser: ¿Qué es propiamente el Estado? ¿Cómo debe ser estudiado? ¿A través de qué método se puede llegar a ese ente llamado Estado? ¿En qué supuestos deberá apoyarse una Teoría del Estado, y cuál sería su relación con la Sociología, la Ciencia Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Ciencia Política?